مسئولية المحكم المدنية

« دراسة مقارنة »



المحامي

محمد نظمي محمد صعابنه

ماجستير فى القانون الخاص

باحث دكتوراه - كلية الحقوق

جامعة عين شمس

الطبعة الأولى

٢٠٠٨

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

مسئولية المحكم المدنية

" دراسه مقارنه "

المحامى

محمد نظمى محمد صعابنه

ماجستير فى القانون الخاص

باحث دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

الطبعة الأولى

٢٠٠٨

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

رقم الايداع
٢٠٠٨/٩٥١٥
I.S.B.N
978-977-04-5642-8

دار الإيمان للطباعة
ت: ٢٣٢١٥٩٩٥ - ٠١٨٣٦٥٣٢٣٣

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾

سورة النساء – سورة ٤– الأيه ٣٥

وقال تعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾

سورة النساء – سورة ٤– الأيه ٥٨.

وقال تعالى:

﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا ﴾

سورة النساء – سورة ٤– الأيه ٦٥.

وقال تعالى:

﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾

سورة المائدة – سورة ٥ – الأية: ٤٢.

صدق الله العظيم

إن نشدان الكمال جزء من طبيعة الإنسان ولكن الكمال لا يتحقق لعمل بشري مهما كان قدر الجهد المبذول من وراءه، فالكمال لله وحده، وهذا البحث بين يديك هو جهد إنساني، فإن كان إحسان فمن الله، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت، وإن كانت الأخرى فمن عندي وحسبي قول الرسول الكريم « من اجتهد فأصاب فله أجران ومن اجتهد وأخطأ فله أجر » فنسأله سبحانه وتعالى أجر المجتهدين وتوفيق المصيبين وإحسان العاملين في الدنيا والأخره ولله الأمر من قبل ومن بعد.

وخير ما قال العماد الأصفهاني:

إنِّي رَأَيتُ أَنَّهُ لاَ يَكتُب أَحَد كِتَاباً فِي يَومِهِ إلاّ قَالَ فِي غَدِه: " لَو غُيِّرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَن، ولَو زِيدَ هَذَا لَكَانَ يُستَحسَن، ولَو قُدِّمَ هَذَا لَكَان أَفْضَل، ولَو تُرِكَ هَذَا لَكَانَ أَجْمَل." وَهَذَا مِن أَعْظَمِ العِبَرِ، وهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اِستِيلاَءِ النَقصِ عَلَى جُملَةِ البَشَرِ.

الباحث

الإهداء

إلى من لا أستطيع ان أوفي بحقهما، رمزاً للوفاء ومنهلاً للعطاء

إلى ركنا محبتي ورفعتي ونبضي وضميري

إلى من اكتنزت نفسي بأخلاقهما، فعشت بوحي منهما وسأبقى إلى ما شاء الله

أمي وأبي أطال الله عمرهما وأجزل ثوابهما

إلى الذين أحاطوني بالعون والحب والدعاء

إلى الذين أمدوني بطموح لا يدانيه طموح

إخواتي وأخواتي،

إلى هؤلاء جميعا، أهدي هذا العمل المتواضع

تقديـــم:

نادى الفقه منذ أمد طويل بوضع نظام للمسئولية المهنية بشتى صـــورها وقد أخذ القضاء على عاتقه مهمة خلق قواعد ونظام للمسئولية يتجاوز القواعـــد العامة للمسئولية التي يخضع لها العامة([1]) وقد استقرت أحكام المسئولية المهنية في نطاق العديد من المهن، فقد تمكن القضاء بمعاونة الفقه مـــن بنـــاء صـــرح المسئولية المهنية في العديد من الحالات التي لم يفرد لها القانون أحكاما خاصـــة للمسئولية. ولم يكن الأمر يسيراً، فقد لاقى مبدأ المسئولية في كافـــة المجـــالات الانتقاد وتعرض للهجوم والجدال، وترددت آراء الفقه وأحكام القضاء بين مؤيد ومعارض إلى أن استقرت قواعد وأحكام المسئولية لتأتي انعكاسا لواقع ملموس إلى حيث يستشعر الناظر إليه حاجته الملحة إلى هذه القواعد والأحكام.

وهكذا تقرر مبدأ المسئولية لبعض لمهن، فلو اخذنا مسئولية المحكم- والتي هي محل دراستنا وبحثنا- كنموذج لمهنه لها مخاطرها ولهـــا أيـــضاً مقتضياتها، التي ترشحه للتمتع بقدر من الحرية، لوجدنا ان مهمة المحكم لها من الخطورة على مصالح المتعاملين وعلى نظام التحكيم ذاته مما يقتـــضي التدخل من قبل الأنظمة القانونية الوطنية والمؤسسية لفرض قواعد وأحكـــام المسئولية فرضاً دون حاجة إلى قطع هذا الطريق الطويل الذي استغرق زمناً لإقرار مبدأ المسئولية ونطاقه في المهن الأخرى. وما علينا إلا تتبع خطـــى السابقين في محاولة لوضع نظام محكم لقواعد المسئولية يكفل التوازن بـــين حرية المحكم في أداء مهامه وحسن ممارستها وبين حماية المتعاملين والإبقاء على نظام التحكيم ذاته بطابعه المتميز.

---

(١) راجع: د/ محمد عادل عبد الرحمن: المسئولية المدنية للأطباء وتطبيقاتها، رسالة، حقوق عين شمس، ١٩٨٥، ص٢٦.

فقرار المحكم يؤثر في حقوق الأطراف بل والدول أيضاً، إذ تعرض عليه منازعات بمبالغ ضخمة لا يجدي بشأنها الاكتفاء بالجزاءات المعنوية عند تجاوز المحكم لسلطاته أو ارتكابه من الأخطاء ما يلحق بالأطراف أفدح الأضرار، وإذا كان الأصل التبرعي لمهمة المحكم قد أسهم في غياب مسئولية المحكم لفترة طويلة مضت من ساحاته القضاء فإن المبالغ الباهظة التي يتقاضها المحكمون لا بد وأن تفرض عليهم مسلكاً حريصاً فلم تعد الجزاءات اليسيرة مقابلاً كافياً للمبالغ الضخمة التي يخسرها الأطراف على الأقل كأتعاب ومصروفات. وكما أن التطورات الاقتصادية المتغيرة التي شملت نواحي متعددة يجب أن يكون لها أثر على مسئولية المحكم على نحو يدفع الفقه والقضاء بل والمشرع أيضاً إلى التصدي لخلق بناء مكتمل وكيان متوازن لأحكام وقواعد مسئولية المحكم، بل ومؤسسات التحكيم أيضاً.

فإذا كان المحكم يخضع بالفعل لبعض الجزاءات التي تنطوي على معنى تأديبي منها كالإقالة والرد، إلا أن إعمال هذه الجزاءات يتوقف على تبين أسبابها أثناء سير الإجراءات فإذا تراخى ذلك إلى ما بعد صدور الحكم فلا يملك الأطراف إلا طلب إبطال الحكم إذا ما توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها قانوناً. فيتكبد الأطراف مشقة الطعن على الحكم ثم بدء الإجراءات من جديد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا الجزاء لا يمس المحكم رغم تسببه في إبطال الحكم.

وهذا يستدعي البحث في مسئولية المحكم عن هذه الأضرار، استقلالاً عن دعوى إبطال الحكم. كما ينبغي تقرير مسئولية المحكم عن الضرر الذي يلحق بالأطراف عندما يرفض القضاء الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه،

فالخصم يتكبد الكثير من المشقة والمصروفات ثم يفاجأ عند تنفيذ الحكم بما يحول دون ذلك، لأسباب قد تتعلق في مجملها بمسلك المحكم.

فإبطال الحكم أو رفض الاعتراف به أو تنفيذه هو جزاء يوجه للأطراف وليس للمحكم، ولا يجبر المشقة أو الضرر الذين يلحقان بالأطراف، بل يضاعفهما سعياً وراء إعادة الإجراءات من جديد، لتظل فكرة المسئولية هي الجزاء الأساسي الذي يتجاوز نطاق الجدل الفقهي ليحتل مركز الصدارة في الحياة العملية كجزاء رادع يعبر عن القيم الأخلاقية ويستجيب للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية، ويضمن سلامة مسلك المحكم([1]).

فالواقع العملي يشهد بما آلت عليه مهمة التحكيم لافتقارها للقيود والضوابط القانونية التي تحكم ممارستها، بعد أن كان التحكيم مهمة الأمراء والملوك يشرفون بها ويضيفون إليها من رفعة مكانتهم الكثير، ولا يتقاضون عنها أجراً. وإن ساعد ذلك على عدم وضوح الأبعاد القانونية الصحيحة لمهمة المحكم، في الوقت الذي تضاعف فيه اللجوء للتحكيم، وشهدت مهام المحكم اتساعاً وتشعب على نحو يستصرخ الفقه والمشرع للتدخل بوضع نظام تفصيلي للمسئولية.

---

(١) يعرف النظام الإنجليزي للتحكيم في الماده ١/٢٢ من قانون ١٩٧٩، جزاء آخر هو إعادة الحكم للمحكم لإعادة النظر فيه إما لإصلاح الأخطاء الإجرائية غير المبطلة للخصومة، أو الأخطاء الموضوعية التي ليس من شأنها ترتيب جزاء البطلان، أو للفصل فيما أغفله وذلك تجنباً لإلغاء الحكم في الحالات التي لا تستدعي ذلك، ما لم تستشعر المحكمة أن المحكم أصبح غير محل للثقة أو غير مأمون الجانب فتضطر إلى إنهاء سلطاته والتصدي للنزاع. راجع: د/ هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رساله، حقوق القاهره، دار النهضه العربية، القاهره، ١٩٩٧، ص٢٢.

فلم تحظ مسئولية المحكم بإهتمام الفقه العربي والأجنبي، ولم تدل ما تستحقه من دراسة أو بحث على نحو ما حدث بالنسبة لموضوعات التحكـيم بصفة عامة، إلا فيما ندر، كما لم تلق هذه المشكلة من التطبيقات القضائية ما يكفي لتحديد موقف القضاء بشأنها أو تسمح بشغل الفراغ الذي خلفه الفقه في هذا الصدد،الأمر الذي دفعنا الى الكتابة في هذا الموضوع.

مقدمة:

يعد التحكيم من اقدم الوسائل السلمية التي عرفتها البشرية لتسوية المنازعات ودياً إذ عرفته الحضارات القديمة والأشورية واليونانية والرومانية(1). فالتحكيم نظام قديم بدأ بسيطا ببساطة المجتمعات البدائية ثم ظهرت له صور ازدادت تعقيدا بتعقيد المجتمعات الحديثه(2).

فالتحكيم اليوم ليس هو تحكيم الأمس، وهذا التغير مبعثه باعتقادنا، وجود اختلاف بين النشأة الرضائية للتحيكم والتي ارتبطت به منذ القرون الوسطى، وبين مهمته القضائية التي يسعى اليها اليوم، ومن ثم يصعب مماثلة التحيكم في صورته الأولى التي نشأ عليها، بالحق في الدعوى الذي يعرفه النظام القضائي(3). فاليوم اصبح التحكيم نظاما أساسيا لتحقيق العداله واعترفت الأنظمة القانونية المختلفة للمحكم بولاية القضاء(4).

---

(1) يعد الأشورين من الشعوب التي دأبت على ممارسة التحكم كوسيلة لفض المنازعات بل خولت المحكم سلطة فرض العقوبات.راجع في ذلك: د/ اسماعيل احمد الاسطل: التحكيم في الشريعه الاسلاميه، رسالة ، جامعة القاهره، دار النهضه العربية، القاهره، ١٩٨٥، ص٢٥. وراجع ايضا: د/ عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ط١، ١٩٩٠، ص١٢. وراجع: د/عاشور مبروك: النظام الاجرائي لخصومة التحكيم- دراسه تحليليه وفقا لاحدث التشريعات والنظم ، مكتبة الجلاء الجديده، المنصوره، ط٢، ١٩٩٨، ص٣ وما بعدها. وراجع ايضا: د/ سيد احمد محمود: نظام التحكيم، دراسة مقارنه بين الشريعه الاسلاميه والقانون الوضعي الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، القاهره،٢٠٠٠، ص٥.

(2) راجع: د/ ابراهيم العناني: اللجوء الى التحكيم الدولي، رساله، عين شمس،١٩٨٤، ص٤.

(3) راجع: د/ امال الغزيزى: دور قضاء الدوله في تحقيق فاعلية التحكيم، منشاة المعارف، الاسكندرية،١٩٩٣ ، ص٥.

(4) راجع: د/ ساميه راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصه، دار النهضه العربية، القاهره ، ١٩٨٤، ص٣. وراجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص١٤.

كما أصبح التحكيم من الموضوعات التي تشغل مكانا بارزاً في الفكر القانوني والإقتصادي على المستوى العالمي، وقد شهدت الأونه الخيرة حركة تشريعية وفقهية نشطه في مختلف الدول([1])، وقد أفردت بعض الدول قانونـــاً مستقلا للتحكيم([2])، بينما اثرت دول اخرى على تنظيمه في اطـــار قـــانون المرافعات([3]).

وبقيام الدوله الحديثة أصبح القضاء هو صاحب الولاية العامه فـــي القيام بالوظيفة القضائية إلا ان الدوله أجازت للافراد الخروج عن الأصـــل العام، وذلك بعرض منازعاتهم التي نشأت او تنشأ بينهم على افراد محكمين يمنحوهم الثقه ويطمئنون لقضائهم([4]). وبالتالي أصبح التحكيم قضاء موازياً لقضاء الدوله، وأصبح يلعب دوراً مهما في حسم المنازعات الناشـــئه عـــن العلاقات التجارية، الداخلية والدولية، وذلك نظـــرا للمزايـــا التـــي يحققهـــا للمتعاقدين، وبخاصه ما يتعلق منهـــا بالـــسرعه فـــي حـــسم المنازعـــات، والتخصص الفني، والسرية التي تتفق وحاجه المعـــاملات التجاريـــة التـــي

---

(١) راجع: د/ محي الدين اسماعيل: منصة التحكـــيم التجـــاري الـــدولي، ج١، ١٩٨٦، ص٧.
وراجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٧.

(٢) قانون التحكيم الفلسطيني لسنة ٢٠٠٠. و قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١. وقانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤. وقانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦. وقانون التحكيم الأسباني لسنة ١٩٨٩.

(٣) قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة ١٩٨٠. وقانون المرافعات المدنية التجارية البحريني لسنة ١٩٧١. وقانون المرافعات الإيطالي لسنة ١٩٩٤. وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة ١٩٨١.

(٤) راجع: د/ سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم - دراســـة مقارنـــه، دار النهضة العربية، القاهره،٢٠٠٦، ص٩.

تتضمن اسرارا يحرص الخصوم على ابقائها طي الكتمان.

ويختلف هذا القضاء عن القضاء العادي في أصله الإتفاقي الخاص، إذ يعتمد في وجوده وحركتة على إرادة الأطراف الى حد بعيد، ولعل أهم ما يميزه عن قضاء الدوله هو قدرة اطراف الخصومه على إختيار المحكمين الذين يعهد اليهم بمقتضى اتفاق التحكيم بسلطه الفصل في منازعاتهم بقرار ملزم. ويتم اختيار هؤلاء القضاه الخاصين المخولين بحسم النزاع من قبل اطراف النزاع لسببين رئيسيين: **اولهما**: يتمثل في ان هؤلاء الاشخاص موضع ثقة الاطراف، **وثانيهما**: ان هؤلاء الاشخاص خبراء في مجال النزاع، وهم من المفروض ان يكونوا اكثر كفاءه وقدره في النواحي الفنية للنزاع من القضاء العادي للدوله.

موضوع البحث:

تناولت العديد من الدراسات الفقهية نظام التحكيم بالدراسة والتحليل من حيث مفهومه وطبيعته وشروط الإلتجاء اليه، وكذلك النظام الاجرائي لخصومة التحكيم وطرق الطعن على احكامه. وباعتبار المحكم يلعب دوراً محورياً في عملية التحكيم، وباعتبار المحكم حجز الزاوية في نظام التحكيم تناوله كثيرا من الفقهاء بالدراسة والتحليل سواء من حيث طبيعة عمل المحكم والشروط الواجب توافرها فيه وحقوقه وسلطاته.

ولذا أثرت أن يكون موضوع البحث هو « **مسئولية المحكم المدنية** » ، وهذا يقتضي منا التعرض لمهمة التحكيم في مراحلها المختلفة بدءا من

التعريف بالمحكم وتمييزه عن غيره من الانظمة القانونية التي قد تختلط بـه وصولا الى اوجه الشبه والاختلاف بين نظام المحكم وهذه الانظمه، كـذلك يقتضي منا معالجة التكييف القانوني لطبيعة عمل المحكم في ضوء نظريات التحكيم، حتى يتسنى لنا معرفة المركز القانوني الذي يتمتع به المحكم ، كذلك يقضي منا هذا الموضوع معالجة نطاق عمل المحكم من خلال التعرف على حالات مسئولية المحكم الناشئه عن الإخلال بـالتزام قـضائي او قـانوني، وحالات مسئولية المحكم الناشئه عن الإخلال بالتزام تعاقدي او اتفاقي. ثـم ننتقل في هذا البحث الى مرحله أخرى تقتضي منا دراسة الإجراءات المتبعة في مساءلة المحكم لمعرفة القواعد العامه المتبعه في رفع الـدعوى، كـذلك يقتضي منا هذا الموضوع التعرف على موقف الأنظمة القانونية والقـضائية المقارنة من مسئولية المحكم المدنية ودور سلطان الإراده في تعديل أحكـام المسئولية المدنية للمحكم من خلال التطرق الى شرط الاعفاء من المسئولية وتحديدها في ضوء القوانين الوطنية وشرط الإعفاء من المسئولية في ضوء مؤسسات التحكيم النظامية ثم ننتقل في مرحلة أخرى الى البحث في موضوع الحصانة القضائيه للمحكم من المسئولية المدنيـة بالقيـاس علـى حـصانة القاضي، واخيرا نعالج في نطاق موضوع هذا البحث مسئولية الدولة عـن أعمال المحكمين.

أهمية البحث:

بما أن المحكم بشر، يكون من المحتمل أن يرتكب خطأ في عملـه، وقد يترتب على هذا الخطأ ضرر لا يمكن إصلاحه، كما لو أمتنع عن الحكم بدون عذر مقبول أو اصدر حكماً لصالح احد الخصوم نتيجة غش او تدليس، او دون ان يراعي المقتضيات الاساسية في العمل القضائي، او لم يراعي في

عمله المهل التي يفرضها عليه اتفاق التحكيم او القانون، او لم يتابع مهمتـــه التحكيميه حتى انتهائها، او ان يتسبب في بطلان حكمه لأمـــر يرجـــع الـــى اهماله او خطئه، فيكون قد تسبب في ضياع وقت الخصوم وجهدهم ومـــالهم دون جدوى، فإلى اي مدى يكون مسئولا عن مثل هذه الاخطاء؟ واذا كـــان المحكم يؤدي الوظيفة نفسها التي يؤديها قاضي الدولة، فهل من المقبول منحه الحصانه القضائية الممنوحه لقاضي الدولة، اي هل يمكـــن قيـــاس حـــدود مسئولية المحكم على حدود مسئولية القاضي، ومن ثم الاعتراف له بحصانة مشابهة لحصانة القاضي؟

سنحاول من خلال هذا البحث جاهدين ان نجيب على هذه التـــساؤلات، لنسهم في شغل هذا الفراغ التشريعي المتعلق بقواعد مسئولية المحكم ، ولو بنبته قد تنمو على ايدي الباحثين فيما بعد، مستندين في ذلك الى النصوص القانونيـــة التي تضمنتها الأنظمة القانونية المقارنه وبعض اللـــوائح الداخليـــة لمؤســـسات التحكيم النظامية، وذلك حرصا على ان يأتي بيان مسئولية المحكم المدنية.

خطة البحث:

نتناول موضوع هذا البحث " مسئولية المحكـــم المدنيـــة-دراســـة مقارنه" في ثمانية فصول: **الفصل الأول**: نتصدى فيه لدراسة ماهيـــة نظـــام المحكم وتميزه عن غيره من الأنظمة الاخرى، أما فـــي **الفـــصل الثـــاني**: سنحاول توضيح طبيعة عمل المحكم في ضوء نظريات التحيكم، أمـــا فـــي **الفصل الثالث**: سنحاول وضع تصور لنطاق مسئولية المحكـــم مـــن خـــلال دراسة حالات مسئولية المحكم الناشئه عن الإخلال بالتزام قضائي أو إتفاقي،

أما **الفصل الرابع**: سنبحث الإجراءات المتبعة في مساءلة المحكم والقواعد المتبعه في رفع الدعوى، أما **الفصل الخامس**: سنحاول أن نبين موقف الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة من مسئولية المحكم المدنية، أما **الفصل السادس**: سنحاول معرفة دور سلطان الإراده في تعديل أحكام المسئولية المدنية للمحكم، أما **الفصل السابع**: سنعالج الحصانة القضائية للمحكم بالقياس على الحصانة القضائية للقاضي، أما **الفصل الثامن**، والأخير: نعالج فيه **مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين** من خلال التطرق الى البحث في مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين المعينين بواسطة الخصوم وكذلك مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين المعينين بواسطه هيئات التحكيم وكذلك أيضا مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين المعينين بواسطة السلطة القضائية .

الفصل الأول
ماهية نظام المحكم وتميزه عن غيره
من الأنظمة الأخرى

في هذا الفصل سنوضح نظام المحكم وتميزه عن غيره من النظم التي قد تختلط به، من خلال **مبحثين: اولهما**، نعرض فيه لتعريف المحكم، **والثاني**، نتناول فيه تمييز المحكم عن غيره من الانظمه الاخرى التي قد تختلط به، **وذلك على النحو التالي:**

المبحث الأول
التعريف بالمحكم

المحكم لغة بتشديد الكاف مع الفتح هو من يفوض إليه الحكم، واصطلاحاً هو من يعهد إليه بالفصل في النزاع المعروض على التحكيم([1])، وعلى نحو ما ذهب البعض المحكم قاضي بكل معنى الكلمة ويخضع حتماً لكل ما ينص عليه القانون من مبادئ وقواعد، فالمحكم كالقاضي يباشر مهمته بحرية تامة ولحكمه خصائص الأحكام([2]).

وفي إعتقادنا أنه مهما توافرت لإجراءات التحكم من دقة وفاعلية فإن العنصر الشخصي في التحكيم يجعل نجاحه يتوقف على كفاءة المحكم

---

(١) راجع: معجم مقاييس اللغة: ج٢ ، ص٣٥. راجع: المعجم الوسيط: ج١، ص١٩٠. وراجع: د/ محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ١٩٩٣، ص٥. حيث يقرر أن إصطلاح محكم في الألواح الإثنتى عشر يعني القاضي.

(٢) راجع: د/ طلعت الغنيمي: التسوية القضائية للخلافات الدولية، رسالة، القاهرة ، ١٩٥٤، ص١٢٤.

ودرايته بجوهر مهمته ومقتضياتها([1])، **فالمحكم هو المحور الأساسي الذي** تدور حوله خصومه التحكيم وبقدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر ، فحسن أداء المحكم لمهمته يظل رهينا بشخصه وما يحمله من مؤهلات وخبرات . فالأطراف لا يقدمون على اختيار التحكيم كأسلوب لحسم النزاع إلا من خلال توقع لمعاملة عادلة وأسلوب متخصص في إدارة الإجراءات وتوافر مستوى أخلاقي وتخصص فني رفيع لدى المحكم . وهذا يلقي عبئاً على المحكم ليس يسيراً ويتطلب توافر عدة شروط ومؤهلات شخصية وموضوعية([2]).

---

(١) وفي تعليق لأحد الفقهاء الأرميكيين على ما نشرته الجمعية القضائية الأمريكية في عام ١٩٦٢ " Handbook Jubges " من نصائح القضاة ضد الرشوة موضحة لهم المسلك السليم الواجب على القاضي إتباعه داخل المحاكم وخارجها ، أوضح أن : المشكلة الحقيقية تكمن في أن الملتزم لن يحتاج للنصيحة والفاسد لن يهتم بقراءتها .

راجع : **Falia. SNariman** ," Standards of behaviour of arbitrators " journal of International Abitration , 1988 , vol. 4 , p. 311.

وبعض النظر عن مدى صدق هذه المقولة فلا يجب أن نخرج منها بشعرو سلبي بأنه لا فائدة وإنما بشعرو إيجابي يدفع إلى تحسين الأوضاع ، بل وبيقين أن السبيل إلى العدالة هو تمهيد الطريق أمام محكمين وقضاة صالحين . كما لا يجب ، في الوقت ذاته ، أن نلتفت عما تشير إليه هذه المقولة من تردي حال القضاة ، فإذا كان هذا هو وضع القضاة فما بال المحكمين.

راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٢٦.

(٢) هناك عدة شروط لاختيار المحكم نذكرها على **النحو التالي: ان يكون** شخصا طبيعيا وان تمتع بالاهلية المدنية الكامله **وان يكون** المحكم محايدا ومستقلا كذلك يشترط في حالة تعدد المحكمين ان يكون عددهم وترا اي فرديا او مرجحا كما يشترط في المحكم **ان يقبل** مهمة التحكيم كتابة وهذه الشروط يستفاد من منها من خلال المواد ١١٤ والماده ١\١١٦ والماده ١٨ والماده ٢٠ والماده ٢١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. **كذلك يشترط** بالمحكم ألا يكون ممنوع من التحكيم وقد تبنى قانون السلطه القضائيه المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ مبدأ حرمان القاضي من ممارسة التحكيم في الماده ٦٣ منه. لمعرفة المزيد او –

- شرح هذه الشروط راجع في ذلك: د/سيد احمد محمود : نظام التحكيم، مرجع سـابق، ص ٢٧٤ وما بعدها. كذلك راجع: د/ عزمي عبد الفتاح : قانون التحكيم الكويتي، مرجع سـابق، ص١٨٨ وما بعدها. كذلك راجع: د/ علي سالم ابراهيم : ولاية القضاء على التحكيم ، رساله، عين شمس، دار النهضه العربيه، القاهره ، ١٩٩٧، ص٢٢٤ وما بعـدها. كـذلك راجـع: د/ محمود هاشم: النظرية العامه للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكـر العربـي، القاهره، ج١، ١٩٩٠، ص٢٦٨. كذلك راجع في ذلـك: د/علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المدني والقانون المقارن، رساله، جامعه القاهرة، دار النهـضه العربيـه، القـاهره، ١٩٩٦، ص٢٠٤. كذلك لمعرفه مزيدا عن هذه الشروط راجع ايضا: سحر عبد الستار امـام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٥٦ وما بعدها. وبرجوعنا الـى قـانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ نجد انه ايضا عالج في نصوصه الشروط الواجـب توافرها بالمحكم، حيث نجد ان الماده الاولى منه اوردت شرط ان يكون المحكـم شخـصا طبيعيا ، حيث تنص على انه" لغايات تطبيق أحكام هذا القانون يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المخصصة له أدناه ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك: الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم". وهذا الشرط يستفاد ايضا من نص الماده الثانية من نفس القانون حيث تنص على انه" مع مراعاة أحكام المادة (٤) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون علـى كـل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيـاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، مع مراعاة الإتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها". كذلك يشترط في المحكم ان يكون يتمتع بالأهلية المدنية لكاملـه وهـذا الشرط يستفاد من الماده التاسعه من نفس القانون حيث تنص على انه "يجب أن يكون المحكمّ أهلاً للتصرفات القانونية، ومتمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره".اما بالنسبة للشرط المتعلق بحياد المحكم واستقلاله فقد ورد هذا الشرط في الماده الثانية عشر من نفس القانون حيث تنص على انه " يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم، ويجب عليه أن يفصح عنـد قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيدته".ايضا في نص الماده الثالثه عشر حيث تنص على انه" لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيدته أو استقلاله، ولا يجوز لأي من أطراف التحكـيم رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اكتشفها بعد أن تـم تعـين هـذا المحكـم". اما بالنسبة للشرط القاضي بوترية عدد المحكمين في حالة تعددهم فان هذا الشرط يستفاد مـن -

- نص الماده الثامنه من نفس هذا القانون حيث تنص على انه " ١- تشكل هيئــة التحكــيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر.٢- إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكماً، ويختار المحكمون مرجحاً إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك". كذلك هذا الشرط يستفاد من نص الماده الحادي عشر حيث تنص على انه بناءً على طلب أحد الأطــراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتيــة: أ- إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النــزاع إلى محكم واحد ولم يتفق الاطراف على تسمية ذلك المحكم.........". اما بالنسبة لشرط قبول المحكم مهمة التحكيم كتابة فيستفاد من هذا الشرط من خلال نص الماده الثانية عشر من نفس القانون السالف ذكره حيث تنص على انه"١- يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيدته.٢- لا يجوز للمحكم بدون عذر أن يتخلى عن إجراء التحكيم بعد قبوله مهمته". اما بالنسبة لشرط القاضي بأن لا يكون المحكم ممنوع من التحكيم فيستفاد هذا الشرط من نص الماده ٢٨ من قانون السلطه القضائية الفلسطيني رقم١ لسنه ٢٠٠٢ والتي تنص على انه" لا يجوز للقاضي القيام بأي عمل تجاري، كما لا يجوز له القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته، ويجوز لمجلس القضاء الأعلى أن يقرر منع القاضي مــن مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها". ونلاحــظ ان هذا النص لم يرد بشكل صريح على شرط القاضي بألا يكون القاضي محكمــا. ونــشير ان المشرع الفلسطيني لم يضع اي مذكره ايضاحية لهذا القانون حتى نعرف ان كان قــد قــصد ادراج هذا الشرط ضمنا وفقا لهذا النص ام لا. ونلاحظ ان المشرع الفلسطيني اخــذ معظــم نصوص هذا القانون عن القانون السلطة القضائية المصري والاردني، وبالتالي يكون المشرع الفلسطيني سار على نفس النهج الذي سار علية المشرع المصري والاردني. كذلك لو رجعنا الى نص الماده الثالثه من قانون التحكيم نجدها تنص على انه " لغايات هذا القــانون يكــون التحكيم اولا: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين.ثانياً: دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الإقتصادية أو التجارية أو المدنيــة وذلــك فــي الأحوال الآتية:اذا كان مكان تنفيذ جانب جوهري من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف". ونلاحظ ان هذا النص تحدث عن العلاقات التجارية وبالتالي اي نزاع يحصل في هذه العلاقه فأنه قد يخضع للتحكيم التجاري الذي يحظــر علــى القاضــي ممارسته او القيام به. كذلك لو رجعنا الى قانون التحكيم المصري نجد انه اشار وبــشكل -

وبالنتيجه، يمكننا ان نعرف المحكم[1] بأنه: شخص يتولى مهمة الفصل في نزاع معين بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المحتكمة ويكون حكمه ملزم للمحتكمين. كما يتمتع المحكم – متى قبل المهمة وباشرها – بحقوق[2]

- واضح في نص الماده الثانية للتحكيم التجاري حيث تنص" يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقوود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والانفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية.

(١) **ورد تعريف المحكم** في قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ في الماده الاولى منه حيث تنص هذه الماده على ان المحكم هو " الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم، وهو ايضا شخص أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع.وهو ايضا المحكم الذي يتولى إصدار قرار التحكيم عند تعذر تحقق الأغلبية. وهو شخص مؤهل في مجال معين يمكن الإستعانة به لتحديد مسائل فنية تتعلق بمجال عمله، يصعب على غيره القيام بها. وكل هذه التعريفات وردت في نص الماده الاولى ضمن التعريفات بالمصطلحات الوارده في قانون التحكيم الفلسطيني.

(٢) **من حقوق المحكم** قبول المهمة باختياره وليس جبرا عنه، وهذا ما اكدته الماده ١٦ من قانون التحكيم المصري والماده ١٢ من قانون التحكيم الفلسطيني. كذلك **حق المحكم** في الاتعاب وفي المصروفات التي انفقها وهذا الحق لم يحدد في قانون التحكيم المصري وبالتالي ينبغي الرجوع الى القانون النموذجي للامم المتحده حيث تنص المواد من ٣٧ الى ٤١ منه الى اتعاب ومصاريف التحكيم حيث ورد فيه " تتضمن مصروفات التحكيم اتعاب المحكمين ومصروفات الخبره.". وبالرجوع الى قانون التحكيم الفلسطيني نجد ان الماده ٣٤ منه ذكرت موضوع تغطيه مصاريف المحكم كحق له. ومن الحقوق الاخرى **للمحكم حقه** في ان يخاطب من الخصوم بالتوقير بالاحترام اللازم. وعدم قابلية المحكم للعزل الا بالاتفاق بين الخصوم جميعهم كذلك لا يجوز رد المحكم. وهذا ما اشارت اليه الماده ١٨ من قانون التحكيم المصري والماده ١٣ من قانون التحكيم الفلسطيني. **لمعرفه ماهية هذه الحقوق انظر: راجع:** د/ سيد احمد محمود : مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، دار النضهة العربية، –

- تقابلها التزامات على عاتق الخصوم – ويلتزم بواجبات في اداء مهمته[1] – تعتبر بمثابة حقوق للخصوم.

= القاهره، ٢٠٠٣، ص٦٠ وما بعدها. وراجع ايضا: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص١٣٣ وما بعدها.

(١) يوجد نوعان من الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم القيام بها حيث ان النوع الأول يكون مصدره اتفاق التحكيم الذي ابرم بين الخصوم من جانب والمحكم من جانب اخر وتعد حقوقا للخصوم. نذكر التزامات النوع الاول على النحو الآتي: التزام المحكم بالفصل في موضوع النزاع طبقا لللقانون المتفق عليه من قبل هيئه التحكيم، وهذا ما اشارت اليه الماده ٣٩ من قانون التحكيم المصري والماده ١٩ من قانون التحكيم الفلسطيني. كذلك يلتزم المحكم الفصل بالنزاع خلال مهلة التحكيم وهذا ما اشارت الية الماده ٤٥ من قانون التحكيم المصري والماده ٣٨ من قانون التحكيم الفلسطيني. كما يلتزم الفصل في النزاع وفقا للاجراءات التي حددها الخصوم وهذا ما اشارت اليه الماده ٢٥ من قانون التحكيم المصري والماده ١٨ من قانون التحكيم الفلسطيني. كما يلتزم المحكم بعدم تنحيه بغير سبب جدي. اما بالنسبة للنوع الثاني من الالتزامات والتي تقع على عاتق المحكم هي التزامات يكون مصدرها القانون الذي ينظم عملية التحكيم، نذكر بعضها على النحو الاتي: التزام المحكم بالحياد والموضوعيه وهذا ما اشارت اليه الفقره الثالثه من الماده ١٦ من قانون التحكيم المصري والماده ١٣ من قانون التحكيم الفلسطيني. والتزام المحكم بعدم اتخاذ اوامر واحكام ليس للمحكم سلطه الامر فيها كمسائل التحقيق. كذلك يلتزم المحكم بعدم الفصل بالمسائل التي تخرج عن ولايته. كذلك يلتزم المحكم بالقانون الاجرائي وايضا يلتزم المحكم باتخاذ الاجراءات الاحتياطيه والتحفظيه اذا اقتضى الامر وهذا ما اشارت اليه الماده ٢٤ من قانون التحكيم المصري والماده ٣٣ من قانون التحكيم الفلسطيني. كذلك يلتزم المحكم بمعاملة الاطراف على قدم من المساواة واحترام حقوق الدفاع ومراعاة مبدأ المواجهة وهذا ما اشارت اليه الماده ٢٦ والماده ٣٣ من قانون التحكيم المصري والمواد ٢٤ و٢٧ من قانون التحكيم الفلسطيني. كذلك يجب على المحكم احترام القواعد المتعلق بالنظام العام وهذا ما اشارة اليه الماده ٥٣ من قانون التحكيم المصري والماده ٤ من قانون التحكيم الفلسطيني. لمعرفه المزيد عن هذه الالتزامات وماهيتا. راجع في ذلك: سيد احمد محمود : مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٦٢ وما بعدها. راجع ايضا: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص١٠٣، وما بعدها. وراجع ايضا: عاشور مبروك: النظام الاجرائي لخصومه التنفيذ، مرجع سابق ، ص٩٢وما بعدها.

المبحث الثاني

تمييز المحكم عن غيره من المهن والأنظمه الأخرى

تناولنا في المبحث الأول تعريف المحكم، وأشرنا ايضا في هـامش المبحث الأول الى شروط إختيار المحكم والتزاماته، كما أشرنا الى الحقوق التي يتمتع بها المحكم. لكن في هذا المبحث، سنقوم بتوضيح التمييز بين نظام المحكم والمهن والنظم الأخرى التي التي قد تتشابه معه فـي نقـاط عديـدة ولكنها تختلف أيضاً عنه في نقاط جوهرية، **وذلك على النحو الآتي:**

أولاً: المحكم والمقاول:

يعرف عقد المقاوله بأنه:" عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يـصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر(1) ". تبين لنا هـذه الماده ان عقد المقاولة عقد رضائي، لا يشترط لانعقاده شكل معين، كما أنه عقد ملزم للجانبين ومن قبيل عقود المعاوضة، وان التراضي فيه، يقع على عنصرين، الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد أطراف عقد المقاولة، والبدل الذي يتعهد به رب العمل وهـو الطـرف الآخر في عقد المقاوله. وعلى ضوء ما سبق نعرف المقاول بأنـه شـخص يتعهد بمقتضى عقد بينه وبين رب العمل بأن يصنع شيئا او ان يؤدي عمـلا لقاء أجر يتعهد به صاحب العمل أي المتعاقد الأخر.

---

(1) تنص الماده ٧٣٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.أيضا يتطابق حكم هذه المادة مـع حكم المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري والمادة ٥٤٩ من القانون المـدني الجزائـري والمادة ٧٨٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ٦١٢ من القانون المدني السوري والمـادة ٦٤٥ من القانون المدني الليبي والمادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢/٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني (بالتوافق).

ومن خلال هذا التعريف نجد أن عقد المقاوله يتفق مع عقد المحكم في ان المحل ينطوي في كل من العقدين على تقديم خدمه، اي اداء عمل وذلك مقابل أجر. **ولكن مع ذلك يختلف عقد المحكم عن عقد المقاوله في عدة مسائل وهي:**

١. ان مقتضى عقد المقاوله وجود جانب له وحده هدف، وجانب اخر يقوم بتنفيذ العمل المنوط به، بقصد الوصول الى الهدف، اما عقد المحكم فمن مقتضاه وجود جانب له مصالح تتازعه مصالح الجانب الاخر، وليس بمقدور المحكم اعمال مصالحهما معا، بل يقضي لمن كان الحق لجانبه.

٢. ايضا يختلف عقد المحكم عن عقد المقاوله بأنه لا يجوز للخصوم الامتناع عن تسلم الحكم الصادر من المحكم، وان كان يعتريه عيب، حيث ان المشرع قد حدد طرق الطعن بالحكم في حالات وردت على سبيل الحصر([1]). في حين ان في عقد المقاوله يجوز لرب العمل

(١) تنص الماده ٤٣ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه" الطعن في قرار التحكيم يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية:" ١- إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً. ٢- إذا كان قد أصاب هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية قبل صدور قرار التحكيم. ٣- مخالفته للنظام لعام في فلسطين. ٤- بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته.٥- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه. ٦- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم. ٧- إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع. يتطابق حكم هذه الماده مع حكم الماده ٤٩ من قانون التحكيم الاردني ويتقارب حكم الماده ٥٥ من قانون التحكيم المصري.

الامتناع عن تسلم العمل اذا كان معيبا([1]) وفضلا عن ذلك، فان المحكم يلتزم بان يقوم بالعمل بنفسه، فلا يجوز له ان يتعهد بـــالتحكيم لمحكـــم اخر، اما المقاول يستطيع ان ينفذ العمل بوساطه مقاول من الباطن([2]) .

٣. كذلك يختلف عقد المحكم عن عقد المقاول، في ان المحكم وهو يمارس عمله بموجب عقد التحكيم الذي يربطه مع الخصوم لا يمكن ان يطلب فسخ عقد التحكيم اذا لم يقدم احد طرفي النزاع دفاعه او مستنداته خلال المهله المحدده له، بل يجوز له الحكم بناء علـــى مـــستندات الطـــرف الاخر([3]) ، في حين اذا لم يقدم صاحب العمل في عقد المقالـــه الاداء

---

(١) راجع: د/ عدنان ابراهيم السرحان: شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاوله، الكفاله، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ط٢، ١٩٩٦ ص٨٨. وراجع ايضا: نص المـــاده ٧٤٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، حيث تنص على انه" يلتزم صاحب العمل بتسليم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، فإن امتنع بغير سبب مشروع على الرغم من دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول لسبب لا يرجع إليه فلا ضمان عليه. يتطابق حكم هذه المادة مع المادة ٧٩٢ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٤٥ من القانون المدني العربي الموحد، ويتوافق مع حكم المادة ٦٥٥ من القانون المدني المـــصري، والمـــادة ٥٥٨ مدني ليبي والمادة ١/٨٧٣ من القانون المدني العراقي.

(٢) تنص الماده ٧٥٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه" يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه. يبقى المقاول في هذه الحالـــة مـــسئولا عـــن المقاول من الباطن قبل صاحب العمل. يتطابق حكم هذه المادة مع حكـــم المـــادة ٦٦١ مـــن القانون المدني المصري، والمادة ٥٦٤ من القانون المدني الجزائـــري، والمـــادة ٧٥١ مـــن مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة ٧٩٨ من القانون المدني الأردني، ويتطـــابق مع المادة ٦٢٧ مدني سوري والمادة ٦٦٠ مدني ليبي، ويتوافق مع المادة ٨٨٢ من القـــانون المدني العراقي، كما يتطابق مع حكم المادة ٦٣٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٣) تنص الماده ٢٦ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه "١- إذا لم يقدم المـــدعي دون عـــذر مقبول بياناً خطياً وفقاً للفقرة (١) من المادة (٢٣) من هذا القانون يجب على هيئة التحكيم بنـــاء -

المطلوب منه فإنه يجوز للمقاول فسخ العقد.

ثانياً: المحكم والعامل:

يعرف عقد العمل بانه:" العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم بعمل لمصلحة المتعاقد الآخر، تحت إدارته أو إشرافه مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الآخر[1] ". يتبين لنا من هذا التعريف بان عقد العمل من العقود التي ترد على العمل المادي، لا القانوني، تتركز أهم عناصره، في عنصر العمل الذي يقوم به العامل لحساب صاحب العمل وتحت رقابته وإشرافه مقابل اجر.والعنصر الآخر، وهو عنصر الأجر وهو المقابل المالي الذي يحصل عليه العامل بسبب العمل الذي قام به، والعنصر الأخير، هو عنصر التبعية القانونية وهي تعني خضوع العامل بتعليمات وأوامر صاحب العمل على نحو يمكن لهذا الأخير مراقبته أو الإشراف عليه أثناء العمل كما يمكنه من معاقبته إذا خرج أو خالف تعليماته بشأن العمل.

- على طلب المدعى عليه أن تقرر رد إدعاء المدعي.٢- إذا لم يقدم المدعى عليه دون عذر مقبول مذكرته الجوابية وفقاً للفقرة (٢) من المادة (٢٣) المذكورة أعلاه فيجب على هيئة التحكيم بناء على طلب المدعي أن تستمر في إجراءاتها دون أن يعتبر ذلك إقراراً من المدعى عليه بادعاء المدعي، وحينئذ لهيئة التحكيم أن تصدر قرارها غيابياً استناداً إلى عناصر الإثبات المقدمة أمامها". حكم هذه الماده يتطابق مع حكم الماده ٣٣ من قانون التحكيم الاردني وحكم الماده ٣٥ من قانون التحكيم المصري.

(١) تعرف الماده ٧٧١ من مشروع القانون المدني الفلسطيني عقد العمل. يتطابق حكم هذه المادة مع المادة ٦٧٤ من القانون المدني المصري، ويتوافق مع المادة ١/٨٠٥ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٥٨ من مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة ٦٤٠ من القانون المدني السوري، والمادة ٩٠٠ من القانون المدني العراقي.

ومن خلال هذا التعريف السابق ذكره، نجد أن عقد المحكم يتفق مع عقد العمل في ان كلا منهما ينطوي على تقديم الخدمه من قبل العامل او المحكم الاخر لقاء اجر. **ولكن مع ذلك يختلف عقد المحكم عن عقد العمل في عدة مسائل وهي:**

١. في عقد العمل يخضع العامل لادراة واشراف رب العمل، وبعباره اخرى في وجود رابطة التبعية بين العامل ورب العمل([1])، اما المحكم فهو يمارس عمله مستقلا عن الخصوم، دون ان يخضع لرقابه او توجية من جانبهم وهذا ينسجم مع مع طبيعة المهمة المناطه به، وهي الفصل بالنزاع([2]).

٢. فضلا عن ذلك فانه يجوز في بعض الاحوال إبرام عقد العمل مع من لم يبلغ سن الأهلية القانونية ([3]) خلافا للمحكم الذي ينبغي ان يكون ممتعا بالاهلية القانونية الكاملة.

---

(١) عرفت الماده الأولى من قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنه٢٠٠٠ العامل بانه: " كل شخص طبيعي يؤدي عملا لدى صاحب العمل لقاء اجر سواء كان هذا العمل دائما او مؤقتا او عرضيا او موسميا". يطابق حكم هذه الماده حكم الماده الثانية من قانون العمل الاردني رقم ٨ لسنة ١٩٦٨ والمعدل بالقانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٢ وحكم الماده الاولى من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

(٢) راجع: د/عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، دار المعارف، القاهره ج٢، ١٩٩٨، ص٢٥٠. وراجع ايضا: د/أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق ، العدد الثاني، ١٩٩٤، ص٢٠٠ وما بعدها.

(٣) تنص الماده ٩٣ من قانون العمل الفلسطيني بأنه " يحظر تشغيل الاطفال قبل بلوغهم سن الخامسه عشر". مما يعني جواز ابرام عقد العمل منذ بلوغ الخامس عشر من عمره. حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ٧٣ من قانون العمل الاردني وتشابه ايضا حكم الماده ٩٨ من قانون العمل المصري.

ثالثاً: المحكم والوكيل(1) :

الوكيل هو شخص يلتزم بالعمل باسم الأصيل (الموكل) ولحسابه ووفقا لتعليماته بحيث تتصرف آثار هذا العمل إلى الموكل دون الوكيل كما لو كان قد اجراه بنفسه. اذن الوكاله عقد يقيم به الموكل شخصا اخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني.

إذن يشترك كل من المحكم والوكيل في الأصل الاتفاقي إذ يتولى كل منهما القيام بما عهد إليه بموجب اتفاق بين الأطراف المحكم أو الوكيل.كما يقترب عقد المحكم من عقد الوكاله في انه كل منهما يقوم المحكم والوكيل بتصرف قانوني، فضلا عن تغليب الاعتبار الشخصي على مهمة كل منهما.**إلا أنهما يختلفان في نقاط جوهرية:**

1. إختلاف المهمة المسندة إلى كل منهما إذ تنصب مهمة المحكم على الفصل في النزاع بمقتضى القانون وإصدار حكم ملزم لهم وفق ما يراه عادلاً وليس وفقاً ما يراه الخصوم بينما يلتزم الوكيل بحسب القواعد العامة بالعمل باسم الأصيل ولحسابه ويتقيد في أداء عمله بتعليمات

---

(1) تنص الماده ٧٩٧ من مشروع قانون المدني الفلسطيني على ان:" الوكالة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل". يتطابق حكم هذه المادة مع المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري، والمادة ٦٦٥ من القانون المدني السوري، والمادة ٦٩٩ من القانون المدني الليبي، بينما تتوافق مع المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي، وتتوافق مع المادة ٧٦٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وتتطابق مع المادة ٥٧١ من القانون المدني الجزائري، وتتوافق مع المادة ٧٨٤ من مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة ٨٣٢ من القانون المدني الأردني، كما تتوافق مع المادة ١٤٤٩ من مجلة الأحكام العدلية. راجع في ذلك: سيد احمد محمود : مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٣٥ وما بعدها.

الأصيل وفي حدود الوكالة ولا يجوز للوكيل أن يمثل مصالح متعارضة([1]).

رغم التمايز البين بين طبيعة عمل المحكم والوكيل ذهب جانب من الفقه([2]) وأيده في ذلك بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى([3]) اعتبار المحكم الذي عينه الخصم بمثابة وكيل عنه وذلك في حالة اتفاق الأطراف المحتكمة على أن يختار كل منهما محكما له ويعين المحكم الثالث بواسطة هذين المحكمين إذ يعد المحكم الذي اختاره الخصم بمثابة مدافع عنه وكيل بالخصومة Arbitre Partie وتكون هذه الصفة الغالبة، ومع ذلك يظل من الناحية القانونية محكما وليس وكيلاً بالخصومة ويقتصر وصف المحكم على المحكمين الذين يتم اختيارهم باشتراك طرفي الخصومة معا.

إلا أن القضاء الفرنسي منذ عام ١٩٧٢ أكد في أحكام متواترة على أن المهمة المنوطة بالمحكم تختلف عن عقد الوكالة فالمحكم لا يعد وكيلاً عن الخصوم سواء كانت وكالة عن الطرفين أو أحدهم([4]) وقد أكدت

---

(١) راجع: محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٢٩وما بعدها.

(٢) راجع: د/ أحمد أبو الوفا: التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ص٤٤.وراجع ايضا: د/ أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٥، ١٩٨٨ ،ص٣١.

(٣) **Filippe fouchard**: le statut de l'arbiter dans la jurisprudence francaise: Rev arb. 1996 p325 et spec. p. 330 n ^{0}12.

(٤) Cas. Civ 2e. 13 avril 1972, Bull. Civ 11 n 019, Rev Arb. 1975. 235 note E. Loquin: D. 1973 – 2 Note J. Robert: JCP. 1972 II 17189, note p. level: RTD Civ., 1973, 769. obsy Loussouarn. =

محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر بتاريخ ٣ يوليو ١٩٩٦ بأن المحكم لا تربطه بالخصم الذي عينه عقد وكالة فالمحكم لا يعد وكيلاً عن هذا الخصم(١).إذ تختلف مهمة المحكم عن الوكيل حيث يمثل الوكيل الأصيل ويقوم بإبرام تصرفات قانونية ينصرف أثرها إلى الأصيل بينما يكمن جوهر وظيفة المحكم في إصدار حكم في منازعة محددة.

٢. كذلك يختلف عقد المحكم عن عقد الوكاله في ان الخصوم لا يجوز لها التنصل من حكم المحكم اذا تجاوز المحكم حدود سلطاته او صلاحياته بحسبان ان المشرع قد حدد سبل الطعن بالحكم في احوال وردت على سبيل الحصر في حين ان الوكاله يملك الموكل التنصل من عمل الوكيل اذا تجاوز الوكيل حدود وكالته(٢) .

= مشار إليها في المرجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٤٤.

(١) Cass. Civ 2e, 3 Juill 1996, Rev Arb. 1996, 405 note pn. Fouchard:
ورغم تواتر أحكام القضاء الفرنسي على نفس صفة الوكيل عن المحكمة إلا أن محكمة Aix. En. Provence أصدر حكماً قضت فيه بأن عمل المحكم عمل بالوكالة وقد طعن في هذا الحكم وقضي بإلغائه. انظر ايضا:

aix en – province, 30 septembre 1993, **somes** , inedit, rev. arb. 2000 p. 323 n014 note. **Thomas clay**: C.A. reims ord 1re pres. 16 dec 1999 "L'arbitre designe d'une maniere ou d'une autre reste de la sorte le mandataire
des parties charge d'executer la mission qu'elles ont convenues ".Rev. Arb. 2000 p. 316 spee. P.318".

مشار اليهم في المرجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٤٥.

(٢) تنص الماده ٨٠٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه: " يجوز للوكيل أن يخرج عن حدود الوكالة متى كان يتعذر عليه إخطار الموكل سلفا، وكانت الظروف يغلب معها الظن بموافقة الموكل على هذا التصرف، وعليه أن يبادر بإخطار الموكل بتجاوزه حدود الوكالة". =

٣. ايضا يختلف عقد المحكم عن عقد الوكاله في ان المحكم يستمد سلطته من الاراده المشتركه للخصوم وليس من طرف بعينه وذلك خلافا للوكيل الذي يستمد سلطته من الموكل، فليس لأحد الأطراف عزل المحكم ولو كان هو الذي اقترح تعيينه وانما يلزم اجماع الخصوم على العزل[1] ، في حين ان عقد الوكاله من حق الموكل ان يعزل الوكيل في اي وقت كان[2] .

وبالنتيجه نرى ان المحكم لا يعد وكيلا مشتركا عن الخصوم، لان مصالح الخصوم متعارضه ولا يجوز للوكيل أن يمثل طرفين مصالحهما متنازعه، إذ ان كلا منهما مدع ومدعى عليه.

= يتطابق حكم هذه المادة مع المادة ٧٠٣ من القانون المدني المصري، والمادة ٥٧٥ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٦٦٩ مدني سوري، والمادة ٧٠٣ مدني ليبي، ويتوافق مع المادة ٩٣٣ مدني عراقي ويتوافق مع المادة ٩٣٣ من قانون العقود والموجبات اللبناني، ويتوافق مع المادة ٨٤٠ من القانون المدني الأردني والمادة ٧٩١ من مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة ٩٧٠ من مرشد الحيران (فقه حنفي).

(١) راجع: عزمي عبدالفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص١٨٥.

(٢) تنص الماده ٨٢٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه " للموكل أن يعزل وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه". يتطابق حكم هذه المادة مع المادة ٨٦٣ من القانون المدني الأردني، والمادة ٨١٤ من مشروع القانون المدني العربي الموحد، وتتوافق مع المادة ٧١٥ من القانون المدني المصري، والمادة ٦٨١ مدني سوري والمادة ٧١٥ مدني ليبي.

رابعا: المحكم والخبير([1]):

يعد الخبير من أعوان القضاء إذ يقدم المشورة الفنية والرأي العلمي المتخصص في المسألة المعروضة على القاضي والتي تقصر معارفه العامة على استقصاء كنهها بنفسه.

وتتميز مهمة الخبير بأنها تنصب على مسألة واقعية([2]) . ذات طبيعة فنية بحته ومن ثم لا تمتد إلى المسائل والتقديرات القانونية التي تعد من

---

(١) **عالج قانون البينات الفلسطيني** رقم٤ لسنة ٢٠٠١ نظام الخبره من حيث اللجوء الى اللخبره واجراءاتها وحالات رد الخبير وتقرير الخبير ومشتملاته في الباب الثامن من هذا القانون وبالتحديد من نص الماده ١٥٦ الى نص الماه١٩١. **كذلك عالج قانون البينات الاردني** في نص الفقره الثانية منه تعداد وسائل الاثبات ، ومن بين هذه الوسائل الخبره الوارده في الفقره السادسه من الماده المذكوره. الا اننا نلاحظ ان المشرع الاردني قد اغفل تنظيم اجراءات الخبره في قانون البينات كوسيلة من وسائل الاثبات. ولكنه قد نظم اجراءات هذه الوسيله واحكامها في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني في المواد ٨٣ ولغاية ٩٩ منه. ايضا نجد ان **المشرع المصري عالج نظام الخبره في قانون الاثبات** رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ في الباب الثامن منه وبالتحديد من الماده ١٣٥ ولغاية الماده١٦٢منه. لمعرفة المزيد عن هذا النظام **راجع في نلك**: د/ حسين مشاقي: البيان في شرح احكام قانون البينات، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين- نابلس، ٢٠٠٧، ص ٣٠٢ وما بعدها. **وراجع ايضا**: د/ عباس العبودي: شرح قانون البينات- دراسه مقارنه، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص٢٣١ وما بعدها. **وراجع ايضا**: د/ مفلح عواد القضاه: البينات في المواد المدنية والتجاريه، المطابع التعاونية، عمان، ١٩٩٠، ص٢٣٧ وما بعدها. **راجع ايضا**: الدكتور عبدالوهاب العشماوي: اجراءات الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، ١٩٨٥، ص٣٩٠ وما بعدها.

(٢) **راجع**: د/ محمود جمال الدين زكي: الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠ ص٣٠. **راجع ايضا**: محمود السيد عمر التحيوي: التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية،٢٠٠٢، ص٤٤. **وراجع ايضا**:

J. Normand: Remarques sur l'expertise judiciarire au lendemain du noveau code de procedure civile "mélanges dedies a jean Vincent, dalloz. 1981 p. 255, **M.Caratine** "Experts et expertise dans la legislation civile francaise" gaz pal. 22 Janv. 1985, I doctrine p 43.

صميم عمل القاضي بصفته خبيراً في القانون يتعين عليه الإلمـــام بهـــا ولا يجوز له أن يفوض غيره فيها([1])كما ان رأى الخبير لا يقيد المحكمة فهو لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي يملك قاضـــي الموضــــوع حرية كبيرة في تقديره([2]).

وعليه، يتضح لنا من تعريف الخبير بأنه يتشابه مـــع المحكـــم فـــي مسائل معينة تتمثل في أن كليهما ليســا عــضواً فـــي الجهـــاز القـــضائي للدولة([3])وأن كل منهما يلتزم عند ممارسة المهمـــة بالحيـــاد والموضـــوعية والاستقلال عن الخصوم. **ولكن مع ذلك يختلف دور المحكم عن دور الخبير في عدة مسائل وهي:**

١. إن رأي الخبير قاصر على المسائل الواقعية دون القانونية في حين نجد أن حكم المحكم يمتد إلى المسائل الواقعية والقانونية مع انه قد لا يكون بالضروره شخصا قانونيا.

٢. ان الخبير يقدم رأيه في مسائل فنيه تتم عن معرفه شخصيه ولا تحسم نزاعا ولا تعد قرارا او حكما، في حين المحكم يقوم بحسم النزاع بـــين الخصوم من خلال تطبيق القانون او فرض تسويه، ان كان الاطـــراف

---

(١) نقض ١٣/٢/١٩٩٢ الطعن رقم ١٣٣٤ س ٥٧ ق. راجـــع ايـــضا: Cass com. 11 mars 1968, Bull. Civ. Iv. N 0101, p. 88: Grenoble, 4 mars 1975 gaz. Pal, 1975, 2.776 note Barbier. : مشار اليها في المرجع : سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٤٠.

(٢) نقض ٢٣/١٢/١٩٨٠ طعن رقم ٥٠٥ س٤٤ ق. نقض ٢٣/١٢/١٩٩٣ الطعـــن رقـــم ٩٨٤ س٥٩ ق.

(٣) راجع :عزمي عبد الفتاح: التحكيم في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص١٥.

قد اجازوا له ذلك صراحه([1]).

٣. كما ان رأى الخبير يكون استشارياً للمحكمه وغير ملزم للقاضي في حين نجد أن حكم المحكم ملزم للخصوم اي لاطراف النزاع.

٤. يصدر المحكم حكمه متقيداً بالأوضاع والمهل والإجراءات المقررة في قانون التحكيم بينما يكتب الخبير تقريراً ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في قانون الإثبات([2]).

٥. لا يشترط ان يعين الخبير بالاسم اما المحكم المصالح يشترط ان عين بالاسم في وثيقة التحكيم، كما ان الخبره لا تقتضي وجود مشارطة او شرط رضائي بعكس التحكيم الاختياري الذي يفرض وجود مشارطه او شرط التحكيم ([3]).

٦. إن الالتزام بعمل الخبير يقتضي حكم من المحكمه، وإذا كان الاتفاق هو تعيين خبير فلا يعتبر مشارطه تحكيم ، ولا يحتاج الى وكاله خاصه ولا اهلية التصرف اما قرار المحكم فيحوز حجية الامر المقضي فيه بمجرد صدوره من ولاية المحكم ويصدر امر بتنفيذه دون حاجه الى حكم من القضاء([4]).

---

(١) راجع: **Antoine Kassis** Problemes De Bas De Larbitrage, Tomei , L.G.D, 1987.

(٢) راجع: أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ١٩٨٨، ص٢٩ بند ٩.

(٣) راجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٣٢.

(٤) راجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٣١.

٧. يجوز الطعن في حكم المحكمين بينما لا يجوز الطعن في قرار الخبير لأنه لا يصدر حكما فالطعن لا يكون إلا في الأحكام أما رأي الخبير فهو مشورة وليس حكم، فضلاً عن عدم اشتراط الدراية الفنية بالنسبة للمحكم في حين تعد الدراية الفنية شرطاً أو سبباً للالتجاء إلى الخبرة.

والواقع كما يرى جانب من الفقه(١) انه لا يمكن ربط عقد التحكيم بعقد معين من العقود المسماه في القانون المدني، اذ ان هذا العقد يتمرد عليها، بسبب طبيعة المهمة المناط بالمحكم، وبما تستتبعه من ضروره تمتعه بإستقلال في اداء وظيفته القضائية.

خامساً: المحكم والوسيط في الصلح أو الموفق:

في عقد الصلح قد(٢) يتفق الطرفان على اختيار شخص ثالث يقوم بالتوفيق بينهما فيعمل على التقريب بين وجهات نظر الطرفين للوصول إلى

---

(١) راجع: **Mauro Rubino** Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2 nd edition, Kluwer law International, the Haque / London / Boston, 2001.p.311.

راجع ايضا: **Klaus Lionet**, "The Arbitrator"s Contract", The Journal of LCIA Arbitration International, Volume 15 Number 2.p.162.

راجع ايضا: عبدالحميد الاحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص٢٥٠.

(٢) تنص الماده ٥٨٩ من مشروع القانون المدني على ان" الصلح عقد ينهي الطرفان بمقتضاه نزاعا قائما بينهما أو يتوقيان به نزاعا محتملا فيما يجوز التصالح فيه، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه". يتطابق حكم هذه المادة مع المادة ٥٤٩ من القانون المدني المصري، والمادة ٤٥٩ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٥١٧ مدني سوري مطابق والمادة ٥٤٨ مدني ليبي مطابق، والمادة ٦٩٨ من القانون المدني العراقي بالتطابق، والى المادة ١٠٣٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، وانظر المادة ١٥٣١ إلى ١٥٣٥ مجلة الأحكام العدلية وانظر الماده ٥٥٢ مدني كويتي.

حل وسط مرضى للأطراف. والحل الذي ينتهي إليه الوسيط لا يكون ملزماً للأطراف المتنازعة إلا بقبولهم له ورضائهم به.

وعليه، ومن خلال تحديد مهمة الوسيط او الموفق نجد انه قد يتشابه مع المحكم في أمور عده تتمثل في الآتي:

١- أن كل من المحكم والوسيط يتولى القيام بالمهمة المنوط بها بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المتنازعة أي أن مصدر سلطاته اتفاقي النشأة.

٢- كذلك يتماثل التحكيم مع الصلح في ان كل منهما اداة قانونية للتسوية الوديه للنزاع الحال او المحتمل حدوثه في المستقبل بعيدا عن ساحه القضاء، وبالتالي فوجود احداهما يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء والدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، كما ان كل منهما يتطلب وكاله خاصه واهليه تصرف لإبرامه([1]).

٣- يؤدي كل من المحكم والوسيط في الصلح دوره بحيث يحول دون عرض النزاع على القضاء وذلك بإصدار حكم في التحكيم ينهي النزاع أو بالوصول إلى حل مرضى للطرفين في الصلح.

✓ **ورغم نقاط التشابه بين المحكم والوسيط أو الموفق فإنهما يختلفان في أمور جوهرية.**

١- أن مهمة المحكم ليست هي التوسط أو التوفيق بين الخصوم لكي يتنازل كل منهم على جزء من إدعاءاته، ولكنه مهمته أن يصدر حكما

---

(١) راجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٣٤.

ملزما للأطراف، في حين ان الحل الذي يصل إليه الوسيط لا يلزم الأطراف إلا في حالة قبولهم له "كما أن تخويل شخص سلطة التصالح لا تعني أن يملك القيام بالتحكيم"([1]).

٢- أن الحكم الذي يصدره المحكم يحوز حجية مانعة من إعادة المناقشة حول ما فصل فيه الحكم وبالتالي يعد سنداً تنفيذياً متى صدر الأمر بتنفيذه، وبذلك يختلف عن الصلح إذ لا يكون سنداً تنفيذياً إلا إذا ورد هذا الاتفاق في محرر موثق أو أقر به الخصوم أمام المحكمة ويتم إثباته في محضر الجلسة.

٣- حكم المحكمين يعد حكماً ومن ثم يكون قابلاً للطعن بالطرق المقررة في القانون للطعن على أحكام المحكمين طبقاً للقوانين التي تجيز ذلك، في حين أن عقد الصلح لا يكون قابلاً للطعن عليه إلا أنه يجوز رفع دعوى مبتدئة ببطلانه.

٤- يختلف ايضاً التحكيم عن التوفيق الذي يقوم به شخص من الغير بغرض تحقيق الصلح بين الطرفين حتى ولو كان الغير الذي يكون ملزما بالوساطه هو المحكمه.علماً ان المقصود بالتوفيق هو تقريب وجهتي النظر بين الخصوم وصولاً الى حل يرتضيه الخصوم([2]) .

---

(١) راجع: **Thomas Clay** "arbitrage et modes alternatifs de reglement des litiges" Dalloz 16 dec. 2004, jurisprudence p.3178 et spec. p. 3180 n 02. l'arbitre peut-il avoir ete precedemment conciliateur.

وراجع ايضا : سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٤٢، وما بعدها.

(٢) راجع: وجدي راغب: مفهوم التحكيم وطبيعته، محاضره مكتوبه في دوره تدريبية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٢، ص٧. وراجع: محمود هاشم: اتفاق التحكيم، مرجع سابق، -

سادساً: المحكم والمكلف بخدمة عامة:

الشخص المكلف بخدمة عامة هو من حملته الدولة جزءاً من مسئوليتها ليقوم بقسط من واجبها نحو الأمة سواء أجرته على هذا العمل كالموثق أو لم تؤجره كالعمدة. إذن لإعتبار الشخص مكلفاً بخدمة عامة يجب أن تكون الدولة هي التي عهدت إليه بالخدمة العامة، وبناء على الثقة التي أولتها الدولة له فإن أوراقه تنسب إلى الدولة وتعتبر أوراقاً رسمية ذات حجية في الإثبات(1) .

وفي ضوء هذا التعريف ذهب جانب من الفقه(2) إلى اعتبار المحكم مكلفاً بخدمة عامة مستندين في ذلك إلى عدة مبررات:

١. مشاركة المحكم في أداء وتحقيق العدالة: إذ يساهم المحكم في تحقيق العدالة بالفصل في النزاع المطروح عليه وأداء العدالة من مهام السلطة العامة ممثلة في السلطة القضائية في الدولة.

٢. اعتراف الدولة بنظام التحكيم: قيام الدولة بتقنين التحكيم وتنظيمه سواء في قانون المرافعات أو بإصدار قانون خاص بالتحكيم يعني شرعية عمل المحكم وأنه يقوم بخدمة عامة وهي تحقيق الصالح العام المتمثل في تحقيق الأمن والأمان والسكينة العامة.

- ص١٥. وراجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٣٥.

(١) راجع: د/ عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهره، ج٢، مجلد١، ط٢،١٩٨٢، ص ١٥٤. بند ٧٢. وراجع: د/ أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ، ط٥،١٩٥٠ ، ص ١٠٨ بند ٩٩. وراجع: د/ أنور سلطان. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٤، ص ٤٦ رقم ٣٤.

(٢) راجع: سيد محمود: نظام التحكيم ، مرجع سابق، وص٩٨ وما بعدها.

٣. وإن كان التعيين للمكلف بخدمة عامة من الدولة شرطاً جوهرياً إلا أنه ليس كذلك في بعض الحالات كما في الموظف الفعلي.

٤. أن الصفة الوظيفية للشخص تتحدد أحياناً في ضوء طبيعة النشاط الذي يقوم به الشخص والمحكم يساهم في تحقيق أداء العدالة بين الناس والتي تعد بطبيعتها وظيفة عامة ومن ثم فإن المحكم مكلف بخدمة عامة.

في الواقع أنه لا يمكن اعتبار المحكم مكلف بخدمة عامة وذلك لأن هذا الشخص يجب أن تكون الدولة هي التي عهدت إليه بهذه الخدمة العامة فهذا لا ينطبق على المحكم الذي يتولى القيام بالمهمة المنوط بها بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المحتكمة.

كما أن اعتراف الدولة بنظام التحكيم وتقنين قواعده لا يعني أن المحكم مكلف بخدمة عامة إنما هو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة وذلك باحترام إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم في المسائل التي يجوز فيها ذلك لتسوية منازعاتهم بدلاً من عرضها على القضاء، فضلاً عن تحديد المركز القانوني للشخص لا تتحدد فقط في ضوء الوظيفة التي يقوم بها إذ لا تعد معياراً كافياً لإسباغ وصف قانوني معين عليه وأن كانت تساهم في تمييزه عن غيره.

سابعاً: المحكم وأعوان القضاء:

لتسهيل عمل القضاة وتأمين سير العداله على الوجه الصحيح، يلزم وجود عدة اشخاص يقومون بمعاونة رجال القضاء في تأدية وظائفهم، ومعاونة المتقاضين في القيام بالاعمال التي يتطلبها سير الدعوى حتى وإن كان القاضي هو المنوط به عبء تحقيق العدالة. لذا فإن المشرع من أجل

تسيير مرفق القضاء ومعاونة القاضي في القيام بوظيفته أوجد بجانب القضاة أعوان القضاء([1]) .

وهم مجموعة متنوعة من الأشخاص منهم من الموظفين ينحصر عملهم في معاونة القضاة مثل الكتبه والمحضرين والمترجمين والخبراء([2])

---

(١) راجع: د/ أحمد مسلم: أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهره، ١٩٦٩، ص ١١٤ بند ١٢٧. وراجع ايضا: د/ عثمان التكروري: الوجيز في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية ، جامعة القدس كلية الحقوق، فلسطين، ٢٠٠٢، ص٥٨ وما بعدها. ايضا راجع : د/ فاروق يونس ابو الرب: المدخل في شرح قانون اصول المحاكمات التجارية الفلسطيني، فلسطين، رام الله، ٢٠٠٤. وراجع ايضا: د/ سيد احمد محمود و د/ يوسف يوسف ابو زيد: مبادئ المرافعات المدنية والتجارية، كلية الحقوق،عين شمس، القاهره،٢٠٠٧،ص٢٠٩.

(٢) كتاب المحاكم هم: موظفون ادرايون يقومون باعمال كثيره اهما تقدير الرسوم القضائية وتحصيلها، وتسجيل الدعاوي، وتحرير محاضر الجلسات، وكتابة الاحكام والتوقيع عليها، ولا تصلح جلسات المحاكم الا بحضور الكاتب، كما ان الاحكام لا تستكمل شكلها القانوني الا بتوقيعه عليها. المحضرون " مأمور التبليغ": وهو موظفون يقومون بتبليغ الاوراق القضائية على اختلاف انواعها الى اطراف الدعوى والشهود والخبراء.كما يقومون بتنفيذ الاحكام والسندات الرسميه.وهم يخضعون كسائر موظفين الدوله الى قانون الخدمه المدنية من حيث التغيب والترقية والعزل والمسئولية. نشير هنا الى ان المحضر يخضع للمسئوليه الشخصيه وفقا للماده السادسه من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري كما تسأل الدوله عنه وفقا لاحكام القانون المدني مسئولية التابع عن المتبوع. المترجمين هم :الاشخاص الذين يتم الاستعانه بهم في الدعاوي التي يكون الخصوم او احدهم اجنبي لا يعرف اللغه العربيه. اما بالنسبة للخبراء: فهم اشخاص غير موظفين لديه درايه ومعلومات فنيه خاصه، يمكن ان تستعين بهم المحكمه في عض المسائل التي يستلزم تحقيها هذه المعلومات مثل تحقيق الخطوط والمضاهاة ، دون ان تتقيد المحكمه برأي الخبير، حيث ان الخبره تعد وسيله من وسائل الاثبات. نشير بأن نظام الخبير في فلسطين لا يعد من الموظفين بعكس ما هو عليه الحال في مصر هناك بعض الخبراء تابعين لوزارة العدل. راجع: عثمان التكروري: الوجيز في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٦٠. وراجع ايضا: د/ مفلح -

وإن كان بعض الخبراء موظفين تابعين لوزارة العدل، والبعض الآخر ليس موظفاً ومنهم غير موظفين وهم المحامون([1]) فضلاً عن أعضاء النيابة الذين يعدو عن من أهم أعوان القضاء لأنهم يمثلون المجتمع والنظام العام أمام القضاء.
ورغم اختلاف طبيعة مهمة المحكم عن أعوان القضاء إلا أن البعض([2]) يرى أن المحكم يعد من أعوان القضاء الإجرائيين وذلك لأن المهمة التحكيمية تخضع للمبادئ العامة في فكرة أعوان القضاء([3]) .وقد رفض القضاء الفرنسي إضفاء هذا التكييف على عمل المحكم حيث قضت محكمة استئناف Reims أن تعيين المحكم من قبل القاضي لا يعني أن المحكم من أعوان القضاء فالمحكم لا يعد معاوناً قضائياً ففي حالة قيام القاضي بتعيين المحكم لعدم اتفاق أطراف التحكيم على اختيار المحكم لا يعد هذا التعيين من قبيل الفصل في تحديد مهمة المحكم ومن ثم لا تطبق القواعد المقررة لأعوان القضاء على المحكم([4]) فالسلطة القضائية المخولة للمحكم تجد أساسها

- عواد القضاه: اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص١٠٨ وما بعدها.

(١) المحامون: هم طائفه من رجال القانون متخصصون في تقديم المساعده لمن يطلبها من المتقاضين، بإبداء النصح اليهم، ومباشرة إجراءات الخصومه عنهم امام المحاكم بطريق الوكاله لقاء اجر. وينظم مهنه المحاماه النظاميه في فلسطين القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته بالاضافه الى نقابة المحامين الداخليه التي وضعتها النقابه، اما مهنة المحاماه الشرعيه فينظمها القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٥٢، والمحامون لا يعدون من الموظفين.

(٢) راجع: د/ أحمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية،. دار الفكر الجامعي، القاهره،٢٠٠٠ ، ص٣٣٠ بند ١٣٠.

(٣) راجع: احمد حشيش، طبيعة المهمة، المصدر السابق، بند١٣١ ص٣٣٠: ٣٣٣.

(٤) L' arbitre n'acquiert pas la qualite d'auxiliaire de justice en raisn de sa nomination par un juge qui ne lui confie en relite aucune mission de nature judiciaire: la procedure de taxation prevue a l'article 719 NCPC pour les auxiliaries de justice ne peut done s'appliquer aux arbitres. Cour d'apple de reims ord. 1re pres. 16 dec. 1999, Rev. arb. 2000 n 2 note. **Thomas Clay** p. 316: 324.

القانوني في اتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم لحل النزاع القائم بينهم أو المحتمل نشوبه في المستقبل بمناسبة العقد المبرم بينهم([1]) .

ثامنا: المحكم والقاضي:

من خلال العرض السابق، لاحظنا أن المحكم يختلف عن غيره من المهن والأنظمة الأخرى فهو ليس عاملا او مقاولا او وكيلا، كما انه ليس خبيراً أو وسيطاً في الصلح أو موفقاً كما أنه ليس مكلف بخدمه عامه او من أعوان القضاء، وبما ان المحكم يقوم بعمل قضائي بالمعنى الفني الدقيق، فهل يكسب المحكم المركز القانوني للقاضي؟

لا شك أن المعيار الرئيسي لتمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة الأخرى يرتكز على طبيعة المهمة المسندة إلى المحكم وهي الفصل في النزاع، وفي ظل الغموض الذي يكتنف تحرير بعض الاتفاقيات وذلك بصدد التسمية التي يطلقها الأفراد على الاتفاق فإنه يمكن التعويل على المعيار المميز لوظيفة المحكم لتمييزه عن غيره من المهام. ونظراً لطبيعة المهمة المسندة إلى المحكم وهي الفصل في منازعة معينة نادى جانب كبير من الفقهاء إلى اعتبار المحكم قاضي بالمعنى الحقيقي([2]).

فهل المهمة القضائية المسندة للمحكم كافية بذاتها لأن يكتسب هذا المحكم المركز القانوني للقاضي بما له من صلاحيات وسلطات وضمانات

---

(١) راجع: الإشارة السابقة. ص٣٢١ بند٦.

J. Vincent et S. Guinchard, procedure civile 24 ed Dalloz. 1996 p 1006 (٢) no 1666: **Loic cadiet,** Droit judiciare prive 3 ed Litec 2000 p. 852 no 2000.

في مواجهة الخصوم وبما عليه من واجبات إزاءهم أم أن مركزه يتميز بالخصوصية والاستقلالية بما يميزه عن غيره من الأنظمة الأخرى بما فيها القضاء؟

لا شك أنه تدق التفرقة بين المحكم والقاضي نظراً لأوجه التشابه القائمة بينهما، ولذا سنقوم هنا بتوضيح أوجه الإختلاف بين كل من المحكم والقاضي على النحو الأتي:

١. لا يعد المحكم قاضيا من قضاة الدوله ولا موظفاً عاماً وإنما شخص يتم اختياره – عادة – من الخصوم اي من ذوي الشأن وهذا الاختيار ينبع من اتفاق التحكيم سواء في شرط أو مشارطه التحكيم، أو من ورقه مستقله عن هذا الاتفاق الذي يتضمن بالضروره طريقه إختياره على الاقل. أما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطه العامه في الدوله ممثلا عنها في الفصل في المنازعات التي تطرح عليه، وبالتالي فإنه يتقاضى مرتبا من الدوله لانه موظف عام(١) .

---

(١) ان امتناع القاضي عن الفصل في الدعوى يشكل جريمه انكار العداله– وفقا للقانون الفلسطيني والمصري والاردني علاوه على رفع دعوى المخاصمه ضده. كما ان دوله تسأل عن القاضي – عند خطئه – مسئولية المتبوع عن اعمال التابع وهذا وما تنص عليه الماده ١٩٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حال تأديته وظيفته أو بسببها. تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعيه، متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه". وهي تطابق نص المادة ١٧٤ مصري، ١٧٥ سوري، ١٣٦ جزائري، ٢٤٠ كويتي. اما المحكم فلا يسأل الا مدنيا– عديا في مواجهة الخصوم وتقصيريا في مواجهة الغير – علاوه على بطلان حكم التحكيم وفقا للماده ٤٣ من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث تنص على انه" الطعن في قرار التحكيم يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب الأتية: ١– إذا كان أحد أطراف التحكيم فقدا الأهلية أو –

٢. لا يجوز للقاضي الجمع بين وظيفة القضاء ومهنة اخرى بعكس المحكم الذي يجوز له القيام باعمال اخرى بجانب التحكيم([1]) .

٣. يشترط في القاضي التمتع بالجنسية الوطنية وذلك بعكس المحكم الـذي يمكن ان يكون اجنبيا([2]). كذلك يلتزم فيمن يعين قاضيا ان يحلف اليمين

- ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً.٢- إذا كان قد أصاب هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهليـة قبـل صـدور قـرار التحكيم.٣- مخالفته للنظام لعام في فلسطين.٤- بطلان اتفاق التحكـيم أو سـقوطه بانتهـاء مدته.٥- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيـق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه.٦- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم.٧- إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتـشاف الغـش أو الخداع. **يتطابق حكم** هذه الماده مع حكم الماده ٤٩ من قانون التحكيم الاردني ويتقارب حكم الماده ٥٥ من قانون التحكيم المصري.راجع في ذلك: د/علي سالم ابراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق ، ص١٠٩ وما بعدها

(١) تنص الماده ٢٨ من قانون السلطه القضائية الفلسطيني رقم١ لسنه ٢٠٠٢ على مبدأ عدم جمع القاضي بين وظيفة القضاء ومهنة اخرى، كذلك تنص الماده ٧٩ من قانون السلطه القضائية على انه: " تسري على العاملين بالمحكمه احكام قانون الخدمه المدنية"، وبالرجوع الى نص الماده ٦٧ من هذا القانون نجد انها تنص على انه: " يحظر على الموظف الجمع بين وظيفته وبين أي عمل أخر يؤديه بنفسه او بالواسطه". ايضا قانون السلطه القضائيه المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ نصعلى مبدأ حرمان القاضي من ممارسة التحكيم في الماده ٦٣ منـه. وايـضا الماده ١٧ من قانون استقلال القضاء الاردني ورد في هذا الشرط. **نشير** هنا الى اننـا قمنـا بتوضيح ومعالجة هذا الاختلاف هامش المبحث الاول من الفصل الاول من هذا البحث.

(٢) تنص الماده ١٦ من قانون السلطه القضائية الفلسطيني على انـه: "يـشترط فـيمن يـولى القضاء:١- أن يكون متمتعا بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية". **حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ١٠ من قانون استقلال القضاء الاردني، كذلك حكم هذه الماده يطابق حكم المـاده ٣٨ من قانون السلطه القضائية المصري الجديد المعدل.**

القانونية المقرره في قانون السلطه القضائية قبل مباشره مهمته القضائية ([1]) ، بعكس المحكم الذي لا يلتزم بذلك.

٤. ان ولاية القاضي تكون عامه حيث انه رجل قانوني يشترط فيه مؤهل قانوني ولا يمكن عزله الا تأديبيا على عكس ولاية المحكم فهي قاصره فقط على النزاع المختار من اجله حيث انه شخص فني يعزل باتفاق الخصوم ([2]) .

٥. ان سلطات المحكم- نظرا لاختياره بالاراده الخاصه أي بإتفاق الخصوم – قد تكون أوسع من سلطات القاضي بالنسبة لتطبيق القانون حيث ان المحكم قد يفوض بالصلح من الخصوم- بإتفاق صريح مع تحديد أسماء المحكمين- وبالتالي يلزم تطبيق قواعد العداله وليس قواعد التحكيم، بينما يكون القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون على وقائع النزاع. وهكذا فان المحكم قد يكون ملزم بتطبيق قواعد التحكيم القضائي وقد

---

(١) تنص الماده ٢١من قانون السلطه القضائية الفلسطيني على انه: "١- يؤدي القضاة قبل مباشرتهم لعملهم في المرة الأولى اليمين الآتية:٢- (أقسم بالله العظيم أن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحترم الدستور والقانون)٣- يكون أداء اليمين من رئيس المحكمة العليا أمام رئيس الدولة، ويكون أداء اليمين لباقي القضاة أمام مجلس القضاء الأعلى". حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ١٥ من قانون استقلال القضاء الاردني، كذلك حكم هذه الماده يطابق حكم الماده٧١ من قانون السلطه القضائية المصري الجديد المعدل.

(٢) راجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٢٦. كذلك راجع: د/ وجدي راغب: هل التحكيم نوع من القضاء؟ مجلة الحقوق، جامعه الكويت، السنه ١٧، العدد الاول والثاني، يونيو ١٩٩٣، ص ١٥١ وما بعدها. وراجع ايضا: أحمد قسمت الجداوى وأبو العلا النمر: المحكم وكيفية إعداده، محاضرة ملقاة في دورة عامة لإعداد المحكم والمنعقدة في مركز حقوق عين شمس في الفترة من ٢٠٠١/١٢/٢٩ إلى ٢٠٠٢/١/٣، ص٧٠.

يكون ملزم بتطبيق بتطبيق قواعد العدالـــه اي الـــتحكم بالـــصلح([1]) – باستثناء القاعده المتعلقه بالنظام العام فلا يسري عليها اتفاق التحكم([2]) ، كما يتمتع القاضي بسلطه الأمر والقسر، أما المحكم فلـــيس لـــه تلـــك السلطة.

٦. كما يختص القضاء بنظر المنازعات جميعها سواء كان القضاء عاديا ام إداريا، بل ان منع القضاء من نظر منازعه بإستثناء أعمال السياده يعد غير دستوري، أما اللجوء الى التحكيم فهو مشروط بالقابلية للتحكيم([3]).

٧. كما ان المحكم لا يستطيع توقيع جزاءات– على الشهود او الزام الغير بتقديم الامر بالانابات القضائية بعكس القاضي.ولكن للمحكم ان يطلب من المحكمه المختصه في حالة رفض الشاهد الحضور باصدار امـــر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب، وللمحكم ايضا ان يطلب من المحكمة المختصه اصدار قرار بالانابه في سماع اقوال الشاهد([4]).

---

(١) راجع: د/ أحمد إحسان الغندور: تحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربيـــة، القاهره، ١٩٩٨، ص٢٩.

(٢) تنص الماده الرابعه من قانون التحكيم الفلسطيني على انه " لا تخضع لأحكام هـــذا القـــانون المسائل الآتية: ١- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين. ٢- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً.٣- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

(٣) راجع: د/حسام الدين الأهواني: المسائل القابلة للتحكيم، محاضرة ملقاة في دورة عامة لإعداد المحكم والمنعقدة في مركز حقوق عين شمس في الفترة من ٢٠٠١/١٢/٢٩ إلى ٢٠٠٢/١/٣، ص٣.

(٤) تنص الماده ٢٧ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه: " يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للـــشهادة أو لإبـــراز أي مستند.ويحق لهيئة التحكيم إذا رفض الشاهد المثول أمام هيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب". كما تنص الماده ٢٩ مـــن

٨. كما ان المحكم غير ملزم بتطبيق قواعد قانون المرافعات على اجراءات الخصومه- مالم يتفق الخصوم على غير ذلك او مالم تتعلق القاعده الإجرائية بالنظام العام كضمانات التقاضي الأساسيه من حقوق الدفاع وغيرها([1]) - بعكس القاضي الذي يكون ملزما بتطبيق قواعد المرافعات على الخصومه، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الموضوعي والاجرائي على حد سواء([2]) .

٩. كما ان سلطه المحكم تكون مقيده بما هو وارد في اتفاق التحكيم وبالتالي فلا يملك ادخال شخص من الغير- لمصلحه العداله أو لإظهار الحقيقه- إذا لم يسمح اتفاق التحكيم بذلك وهذا على عكس القاضي لذي يملك- من تلقاء نفسه- حق إدخال الغير في القضيه لاظهار الحقيقة او لمصلحه العداله([3]). كما يلتزم المحكم بالمده المحدده قانونا أو إتفاقا

نفس القانون على انه "يحق لهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإنابة في سماع أقوال شاهد يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة وكان يتعذر مثول هذا الشاهد أمامها".

(١) راجع في ذلك: وجدي راغب: هل التحكيم، مرجع سابق، ص١٦١ وما يليها.

(٢) راجع: د/ محمود هاشم: اتفاق التحكيم واثره على سلطه القضاء في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعيه- دراسه مقارنه، دار الفكر العربي، القاهره، ١٩٨٥، ص١٤. وراجع ايضا: سيد احمد محمود: التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٢٧.

(٣) تنص الماده ٨٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم٢ لسنة ٢٠٠١ على انه " للمحكمه ولو من تلقاء نفسها.....ان تدخل في الدعوى من ترى ادخاله لاظهار العداله او لمصلحه العداله". حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ١١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري. لم يعالج المشرع الأردني هذه الحاله في نص الماده ١١٤ من قانون اصول المحاكمات، لذا ندعوه لمعالجتها.

لإصدار الحكم([1]) بعكس القاضي الذي لم يحدد له القانون مده معينه لاصدار الحكم.

١٠. إن الإجراءات التي تتبع في القضيه المطروحه على التحكيم العادي تتسم بأنها إجراءات بسيطه وسهلة وسريعه وقليلة التكاليف بعكس الاجراءات التي تتخذ امام المحاكم حيث تتسم بالتعقيد والبطء وكثرة التكاليف، فعلى سبيل المثال ان جلسات المحاكم تتسم كقاعده بالعلانيه بعكس جلسات التحكيم فهي كقاعده سريه مالم يتفق الخصوم على غير ذلك([2]) .

١١. الحكم الموضوعي الذي يصدر من القاضي يتمتع بحجية الأمر المقضي وهذا هو الشأن ايضا بالنسبة لحكم المحكم العادي ولكن حجية الامر المقضي تتعلق بالنظام العام بالنسبة لحكم القاضي لأن مصدرها القانون في حين انها لا تتعلق بالنظام العام بالنسبة لحكم المحكم لان مصدرها هو الاتفاق([3]) .

---

(١) تنص الماده ٣٨ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه " على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر.٢- إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (١). حكم هذه الماده يتفق مع حكم الماده ٤٥ من قانون التحكيم المصري.

(٢) راجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص٢٨.

(٣) راجع: د/ محمود هاشم: استنفاذ ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول والثاني، يناير ويوليو ١٩٨٤، ص٥١ وما بعدها.

١٢. كما ان حكم القاضي قد يكون ابتدائيا وفقا لقاعده النصاب او انتهائيا – وفقا لقاعده النصاب– او اذا نص القانون على ذلـــك او اذا صـــدر الحكم من محكمة ثاني درجه– وعندئذ فإن الحكم الابتدائي يقبل الطعن بالاستئناف اما الحكم النهائي فلا يقبل الاستئناف وانما قد يقبل الطعـــن غير العادي. لكن حكم المحكم الاصل فيه انه يصدر نهائيـــا لا يقبـــل الاستئناف مالم يتفق الخصوم صراحة في اتفاق التحكيم على ان يكون الحكم الصادر ابتدائيا اي يقبل الاستئناف امام محكمه الإســـتئناف، ولا يقبل الطعن بالنقض وإنما قد يقبل اعادة المحاكمه([1]).

١٣. كما ان حكم القاضي اذا كان ابتدائيا فلا يقبل التنفيذ الجبـــري إلا اذا كان مشمول بالنفاذ المعجل القانوني او القضائي. ولكن اذا كان نهائيـــا فانه يقبل التنفيذ الجبري. بينما ان حكم المحكم لا يشكل في ذاته ســـندا تنفيذيا بل لا بد من ان يستصدر المحكوم له امر بتنفيذه([2]) ، طالما غير قابل للاستئناف من رئيس المحكمه المختصه اصلا بنظر النزاع اذا لم يوجد تحكيم([3]). وهذا ينطبق على احكام التحكيم الوطنية اي الـــصادره

---

(١) راجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكـــويتي، مرجـــع ســـابق، ص٢٨. راجع ايضا: وجدي راغب: هل التحكيم ، مرجع السابق، ١٥٩. وراجع ايضا: الباب الثاني عشر من قانون اصول المحاكمات الفلسطيني الذي تضمن الاحكام العامه بشأن الطعن بالاحكام.

(٢) تنص الماده ٤٧ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه: " يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيهـــا أي حكم أو قرار صادر عن محكمة وفقاً للأصول المرعية ". راجع ايضا الماده ٥٥ من قانون التحكيم المصري.

(٣) راجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكـــويتي، مرجـــع ســـابق، ص٢٩.

في فلسطين.اما اذا كان التحكم اجنبيا اي صادر في خارج فلسطين فان تنفيذه لا يتم بإستصدار أمر على عريضه بالتنفيذ بل عن طريق اتخاذ الاجراءات المعتاده لرفع الدعوى.

١٤. كما ان الاعتراض على حكم التحكيم العادي يجوز ان يكون بدعوى بطلان اصليه- على عكس حكم القاضي - وذلك نظرا للطبيعه الخاصه للتحكيم وهكذا فان حكم القاضي قد يكون ابتدائيا- قابل للطعن العادي- او انتهائيا - قابل للطعن الغير العادي- او باتا - غير قابل لأي طريق من طرق الطعن- بينما حكم المحكم يكون- كقاعده - نهائيا لا يقبل الاستئناف ويكون استثناء ابتدائيا قابلا للاستئناف([1]) كما ان حكم المحكم النهائي قد يكون قابل لدعوى البطلان الاصليه على عكس حكم القاضي.

وعلى ضوء ما سبق، ونتيجه للاختلافات القائمه بين المحكم والقاضي أنكر جانب من الفقه([2]) على المحكم اكتساب مركز القاضي فالمحكم ليس قاضيا عضوا من اعضاء السلطه القضائية في الدوله حتى ولو تم اختيار

---

(١) تنص الماده ٤٦ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه: "مع مراعاة أحكام المادة (٤٤) من هذا القانون بشأن المواعيد تسري على استئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة قواعد وإجراءات الإستئناف المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها".

(٢) راجع : د/ امينه النمر: قوانين المرافعات، منشاة المعارف، الاسكندرية، الكتاب الثالث، ١٩٨٢، ص١٥٨. وراجع: احمد ابو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص٢١١. وراجع: د/احمد المليجي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ط١، ١٩٩٦: ص٦٩ وما بعدها. وراجع: د/ احمد المليجي: تحديد نطاق الولاية القضائة والاختصاص القضائي، ص٢٣٣.

قاضي للتحكيم في الاحوال التي يجوز فيها ذلك - فانه يعمل كمحكم وتطبق عليه قواعد التحكيم، فالمحكم وأن كان يحل محل القاضي في الفصل في النزاع المتفق فيه على التحكيم إلا أنه لا يكون له صفته او سلطته او سلطانه فالمحكم لا يعتبر قاضيا لانه ليست له ولاية القضاء ولا يقوم بوظيفه عامه فلا يتمتع بالسلطات المخوله للقاضي. ولا شك ان الإختلاف بين مركز المحكم والقاضي ناتج عن الفوارق الاساسية المستمده من طبيعه كل من التحكيم والقضاء اذا يتميز التحكيم بأنه اداه خصوصيه للفصل في النزاع تتشكل في كل حاله على حده حسب المقتضيات الخاصه للنزاع، أما القضاء فهو طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية تحكمه قواعد عامه مجرده موضوعه سلفا لأية قضيه([1]).

وعلى ذلك، يمكننا القول بأن المحكم يحظى بمركز خاص يتميز عن مركز القاضي نتيجه لاختلاف طبيعه التحكيم عن القضاء ومن ثم فإن النظام الذي يخضع له المحكم يختلف عن ذلك الذي يخضع له القاضي.

---

(١) راجع: وجدي راغب: هل التحكيم، مرجع سابق، ص١٣١ وما يليها.

الفصل الثاني
طبيعة عمل المحكم في ضوء نظريات التحيكم

إرتبط تكييف مهمة المحكم وتحديد الطبيعة القانونية لمهمتـــه بـــالتكييف القانوني للحكم الذي يصدره ، كما أن تكييف الطبيعه القانونية لوظيفة المحكم يعتمد بشكل أساسي على الطبيعه القانونية لنظام التحكيم برمته.

وقد ثار خلاف في الفقه والقضاء استمر لفتره طويله بغيه تحديد طبيعـــه التحكي، ومبعث هذا الخلاف هو ان جانب من الفقه يرى في حكم التحكـــيم مجرد عمل اتفاقي إلى تكييف مهمة المحكم بأنها تعاقدية ، بينما جانب اخـــر من الفقه اعتبر حكم التحكيم عملاً قضائياً إلى تكييف مهمة المحكـــم بأنهـــا قضائية، وبالتالي نتيجه هذا الخلاف هو كون التحكيم تعاقدي النشأة قـــضائي الوظيفه([1]) .

إلا أن هذا الخلاف حول الطبيعة القانونية لحكم المحكم والذي شـــغل حيزاً كبيراً من المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية وأصبح من قبيل الماضي والتاريخ ، ادى الى ظهور ثلاث نظريات فقهية رئيسيه تسعى الـــى تحديـــد الطبيعه القانونية للتحكيم.

لذا تقتضي منا دراسة الطبيه القانونية لعمل المحكم التعرض للإتجاهات المختلفة والتي أحتلت مكانا بارزاً بين المؤلفات الفقهية، وشغلت وما زالـــت أذهان الفقه العربي والأجنبي في محاوله للترجيح بينهما.

---

(١) راجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق،١٩٩٠، ص٢١.

ونعرض في هذا الفصل للنظريات الفقهية المختلفه التي تصدت لتكييف عمل المحكم، فنخصص المبحث الأول للإتجاه الذي تبنى نظريـــة الطبيعـــه التعاقديه للتحكيم ولعمل المحكم، أما في المبحث الثاني فندرس نظرية الطبيعه القضائية للتحكيم ولعمل المحكم، كما نتناول في المبحـــث الثالـــث لنظريـــة الطبيعه المختلطه، كما ننتقل في المبحث الرابع لدراســة نظريـــة الطبيعـــه المستقله للتحكيم ولعمل المحكم، وذلك على النحو التالي:

المبحث الاول

نظرية الطبيعه التعاقدية لعمل المحكم([1])

أولاً: مضمون النظرية وأسانيدها:

ساد في الفقه المصري لفترة طويلة فكرة الطبيعة التعاقدية للتحكـــيم ولمهمة المحكم ([2]) ، ورجح جانب كبير من الفقه فكرة الطبيعـــة التعاقديـــة للتحكيم ولمهمة المحكم منذ فترة طويلة مضت، ثم هجرها ترجيحاً للطـــابع القضائي لمهمة المحكم لاتساقها مع الآثار القانونية التي تنتج عن هذا العمل ، ثم ظهرت من جديد فكرة الطبيعة العقدية حيث دافع عنها بعض الفقه حديثاً[1] ويرى أنصار النظرية العقدية ان التحكيم له طبيعه تعاقديـــه، إذ أن إتفـــاق التحكيم وحكم المحكم يكونان كلاً واحداً وتتجمع عملية التحكيم في شكل هرم

---

(١) راجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص١٥. وراجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص٣٩.

(٢) ينادي بعض الفقه حديثاً بهذه النظرية حيث يرى أن قرارا المحكم ليست له الطبيعـــة القـضائية ، والمحكمين ليست لهم صفة القضاة ، راجع : د/ مصطفى عبد السيد الجارح : فسخ العقـــد- دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهـضة العربيـــة، القـــاهره، ١٩٨٨. وراجع أيضاً: د / وجدي راغب : هل التحكيم ، مرجع سابق، ص١٥٠.

قاعدته هي هذا الاتفاق وقمته هو هذا الحكم الذي يبدو مجرد عنصر تبعي في هذه العملية ، وذلك لأنه لا يعدو كونه مجرد تحديد لمحتوي العقد بمعرفة الغير ولا يعد قضاء ([1]) ويستند هذا الإتجاه إلى أن اتفاق التحكيم مجرد عقد يتم قبل بدء إجراءات الخصومة ويخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص، وإن قرار المحكم يتقيد بإرادة الخصوم ويتأثر بالعيوب التي تشوبها ([2]) .

وقد تبني جانب كبير من الفقه الفرنسي نظرية الطبيعة العقدية([3])، إستناداً

---

(١) راجع في عرض الأراء القانونية المختلفة حول طبيعة التحكيم : د/ محمد حامد فهمي : تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، القاهره، ١٩٥١ . وراجع ايضا: د/ عبد المنعم الشرقاوي : المرافعات المدنية والتجارية ، القاهره، ١٩٩٥ ، ص٦٣٣ . وراجع: د/ رمزي سيف: قواعد تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية ، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٦٩، ص٦٦ .وراجع ايضا: د/عبد الخالق عمر: القانون القضائي الخاص، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٧٦ . وراجع ايضا: د/ وجدي راغب : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رساله، عين شمس، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص٣٨١ . وراجع ايضا: د/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهره، ١٩٨١ ، ص٢٣. وراجع: محمد هاشم:النظرية العامة للتحكيم ، مرجع سابق، ص١١١. وراجع ايضا: د/هدى عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته- رساله، جامعة القاهره، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.ص٢٩. وايضا راجع: عزمي عبدالفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع السابق، ص٢١.

(٢) يعتبر النائب العام "merlin " هو اول من تبنى النظرية العقدية للتحكيم ودافع عن وجهة نظره بأن المحكمين ليسوا قضاه فليس لديهم ما للقضاه من سلطه عامه وانما تحركهم ارادة الاطراف فاتفاق التحكيم هو الاساس الذي يعتمد علي المحكم وبدون هذا الاتفاق سوف يكون القرار باطلا. انظر ايضا: **Anastasia Tsakatoura,** "The Immunity of Arbitrators", 20 June 2002,at p.3 .
http://www.Inter-lawyer.com/articles/arbitrators-immunity.htm
أيضا: من انصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الفقه المصري : احمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري ، مرجع سابق ، ص١٩٢ .

(٣) **Carbiber**, L, arbitrage International entre government et particuliers, Recueil des cours, 1950, p308, **Klein,** Autonomie et volonte de l, arbitrage, Revue Critique, 1935, p.286.**Henri Motulsky,** Ecrits , Etudes et Notes surl, arbitrage, orefac de. Berthold Goldman et philippe Founch ard , Dalloz , 1974. p.32. =

إلى الطابع الإرادي للجوء إلى التحكيم ، ويرون أن التحكيم طالما يقوم على أساس إرادة الأطراف فتكون له الطبيعة العقدية، وأن الأطراف بإتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي(١) ، بل وأكد البعض أن التحكيم لن يكون له وجود بدون الجوهر التعاقدي(٢) . وقد أخذت بها محكمة النقض الفرنسية في أحكام قديمة لهـا ، فذهبت إلى تقرير: إن هيئات التحكيم تفتقر إلى ما للقضاء من طابع العمومية والديمومة وتنتفي بذلك الطبيعة القضائية للتحكيم(٣) ثم قررت فـي مناسـبة لاحقة أن أساسها من مشارطة التحكيم تكون معها ، كلاً واحداً وتشاركها في طبيعتها الإتفاقية(٤) . وخلص أنصار هذا الإتجاه من خلال مقارنة المحكـم بالقاضي إلى أن المحكم ليس من قضاة الدولة بل شخصاً عادياً وقد يكـون أجنبياً، ويملك رفض قبول المهمة دون أن يعد منكراً للعدالة(٥)، كمـا أنـه يستمد سلطاته من اتفاق الأطراف الذين يختارونه ويقبلون حكمه. وقد ركـز

= **Rene David** , L, arbitrage dans le commercial International, Paris, 1982, p. 106

(١) **Carbiber**, L, evolution de I, arbitrage Commercial, Recueil des cours, 1960, p.125.

(٢) **Jean Robert,** L'arbitrage civil et commercial droit internce. Droit international priveem ed , paris,1967. p.793.

حيث يقرر أن التحكيم يجب أن يكون له الطابع التعاقدي، أو لا يكون له وجود أصلاً :
L, arbitrage doit etre d, essence contractuelle ou ne pas etre. "

(٣) راجع: حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٨٤٢/٨/٢ ، منشوراً في : Siery, 1942 , p . 84 ; مشار اليه في المرجع: هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٣١.

(٤) راجع: حكمها الصادر في ١٩١٤/١٢/٨ ، وأيضاً حكمها الـصادر فـي ٢٧ / ٧ / ١٩٣٧ مشاراً إليها في مقال الفقيه لايف، دروس أكاديمية لاهاي ، ١٩٦٧ ، مجلـد "١" ، ص٥٨٦. مشار اليه في المرجع: هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٣١.

(٥) راجع: احمد ابو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص٢١١. وراجع ايضا : هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٣٠.

أنصار الطبيعة العقدية على افتقار المحكم لسلطة الأمر الـذي يتمتـع بهـا القاضي، فلا يملك توقيع جزاءات على الأطراف أو الشهود بعكس القاضـي الذي يملك ذلك، فضلاً عن ضرورة إصدار أمر بتنفيذ حكمه مـن القـضاء وإمكانية رفع دعوى أصلية ببطلانه، ومـن ثـم يكـون لحكمـه الطبيعـة التعاقدية([1]). وعليه، " فان مركز الثقل في نظام التحكيم بكل ترييباته المعقده هو اتفاق اطراف الخصومه، كما ان مصدر قرارات التحكيم هو اتفاق طرفي التحكيم، ومن ثم تنسحب طبيعه التحكيم التعاقدية على هذه القرارات وتكون واتفاق التحكيم كلا لا يتجزأ ".

وقد سحب انصار هذه النظريه الطبيعه التعاقدية للتحكيم علـى وظيفـة المحكم، إذ يرون ان منبع وظيفة المحكم هو العقـد المبـرم بـين المحكـم وأطراف الخصومه التحكيميه. فالماده ٨٧ القانون المدني الاردني عرفـت العقد بأنه" ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول اخر وتوافقهما على وجه يثبت اثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهمـا بمـا وجب عليه للاخر. كما ان الفقه المصري عرف العقد بأنه: توافق ارادتـين على احداث اثر قانوني ، سواء كان هذا الاثر هو انشاء التـزام او نقلـه او تعديله او انهاؤه"([2]) . كما ان نص الماده ١١٠٢ من القانون المدني الفرنسي عرفت العقد بانه" اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عـدة اشـخاص اخـرين،

---

(١) راجع: وجدي راغب، هل التحكيم، مرجع سابق، ص١٤٤.

(٢) راجع: د/ عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النـشر للجامعـات المصرية، القاهره، ج١، ١٩٥٢. كما اننا نلاحظ ان المشرع الفلسطيني لم يضع تعريفا للعقد وخيرا فعل، لان الافضل ان تكون التعاريف عمل من اعمال الفقه. ونرى ان افضل تعريف للعقد يتمثل في كونه توافق بين ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني.

باعطاء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن العمل".

كما إننا نلاحظ ان المشرع الفلسطيني لم يضع تعريفا للعقد وخيراً فعـــل، لان الافضل ان تكون التعاريف عمل من اعمال الفقه، ونرى أن أفضل تعريف للعقــد يتمثل في كونه توافق بين ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني(١) .

وعلى ضوء ذلك، يكون العرض المقدم من الخصوم للمحكم للقيـــام بالمهمة التحكيميه يعد ايجابا من الخصوم واذا صادف هذا الايجاب قبولا من المحكم لمهمته انعقد العقد. فنجد ان هناك ارتباطـــا تعاقـــديا بـــين المحكـــم والخصوم، إلا ان هذا العقد يتميز بإن موضوعه ينصب على خدمه يقـــدمها المحكم الى الخصوم قوامها الفصل بالنزاع المطروح عليه.

ثانياً: إنتقادات النظرية:

واجهت هذه النظرية عدة انتقادات لعل أهمها التركيـــز علـــى الجانـــب الإرادي في خصومة التحكيم ، رغم أن هذه الإرادة لا تكفي في ذاتها لبناء صرح هذا النظام المتميز وتعجز عن تبرير منح الحكم الصادر بالحجية، فـــضلاً عـــن إمكانية إستئنافة في ظل الأنظمة التي تجيز ذلك(٢). ويضاف إلى ذلك تعذر تكييف نوع العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالأطراف ، فقد ذهب الفقه في هذا الـــصدد إلى مناحي شتى . فكيفها البعض على أنها من قبيل الوكالة(٣)، وقد لاقي هـــذا

---

(١) ما زالت مجلة الاحكام العدلية سارية التطبيق في قطاع غزه والضفه الغربيه.

(٢) ومنها القانون الفرنسي الصادر في عام ١٩٨٠

(٣) أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الاول من هذا البحث، تحت عنوان " المحكم والوكيل.

المعيار انتقاد غالبية الفقه لاستقلال المحكم عن الخصوم على نحو ينفي فكرة الوكالة([1]). فهذا التكييف قد ينطبق على المحامي إلا أنـــه لا ينطبـــق علـــى المحكم لأنه ليس وكيلاً عن الخصوم ، فالوكالة تقوم على إلتزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله والخضوع لتعليماته وأوامره، وتقوم بينهما علاقة تبعية فعلية لا يتمتع الوكيل فيها بأي استقلال ولا يملك أكثر مما يملكه الأصـــيل ، في حين أن المحكم رغم أنه يتلقى أتعاباً من الأطراف إلا أنه لا يمثلهم([2]) ، وقد لجأت بعض الأحكام تفادياً لهذه الانتقادات إلى ابتداع معنى جديد لفكـــرة الوكالة تقوم على المصلحة المشتركة التي تجمع أطراف النزاع، وقد اســـتند هذا الرأي على استقلال المحكم وعدم إمكانيـــة عزلـــه إلا بموافقـــة جميـــع الخصوم([3]) ، ولما كان تعارض مصالح الخصوم يحول دون قبـــول فكـــرة

---

(١) راجع البحث المقدم من : د/ عزمي عبدالفتاح: مجموعة الأبحاث حول بعـــض المـــشكلات العملية في قانون المرافعات ، من مطبوعات مركز السنهوري للدراسات القضائية ، القاهره، ص ١٤٥. ويذكر أن القانون الليبي أخذ بهذا التكييف رغم الاختلافات الجوهرية بين المحكم والوكيل.

(٢) كما أن الفارق الهام بين المحكم والوكيل، ان المحكم لا يمكنه ممارسة حق حبس المستندات ، والذي يعد من الامتيازات التي ترتبط بعقد الوكالة، والجدير بالإشارة أن القـــضاء الفرنـــسي رفض الأخذ بفكرة الوكالة في تكييف علاقة المحامي بموكله .راجع: الحكـــم الـــصادر فـــي ١٩٤٢/٥/٦ ، منشوراً في: Gazette du pallait, 1942, n.2 , p . 35 : مشار اليه فـــي المرجع: هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٣١.

(٣) راجع : حكم محكمة باريس الكلية الصادر فـــي ١٩٨٦/٥/٤، منـــشوراً فـــي: Reue de l'arbitrage, 1988, p. 464. : ومشار إليه في المرجع: هدى عبدالرحمن: دور المحكـــم، مرجع سابق، ص٣١.

وراجع تأييداً لهذا الاتجاه في الفقه المصري: د/ مختار بريري: التحكيم التجـــاري الـــدولي دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهـــضة العربيـــة، القـــاهره، ١٩٩٥، ص٨٥، وراجع أيضاً: -

المصلحة المشتركة، فقد كيفها البعض الآخر على أنها مـن قبيـل إجـارة العمل([1]) ، إلا أن هذا المعيار لاقى النقد أيضاً([2]).

ولم تلق فكرة التكييف الإجرائي رواجاً في الفقه، إذ اعترض عليهـا إستناداً إلى أنها مجرد علاقة عقدية تخضع للقواعد العامة للعقود دون القواعد الإجرائية التي تنظم الأعمال الإجرائية ولا ينطبق عليها قواعـد الـبطلان المقررة للأعمال الإجرائية([3]) ، كما رفضها البعض الآخر مقرراً أن الآثار التي ترتبها تفوق في أهميتها وخطورتها الإجراءات العادية([4]) . كما لم تلق محاولة تكييفها بأنها عقد مقاولة([5]) أو التزام بعمل قبولاً لدى الفقه([6]) .

فمقارنة علاقة المحكم والأطراف بأطراف عقد المقاولة قد ينطبق في بعض الوجوه إذا ما نظرنا إلى ما يتوافر في هذا العقد من عنصر الاستقلال

- **Jean Robert**, L'arbitrage – droit interne- droit international prive, ed. 6, 1983. P.5

(١) أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الاول من هذا البحث، تحت عنوان " المحكم والعامل".

(٢) راجع تفصيلاً: د/ فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المـدني، دار النهـضة العربيـة، القاهره، ١٩٨٧، ص٩٤.

(٣) راجع: عرض هذه الفكرة والرد عليها: د/ محمود هاشم: النظرية العامة للتحكـيم، مرجـع سابق، ص ٨٩. وراجع أيضاً: د/ محمود التحيوتي، إتفاق التحكـيم وقواعـد فـي قـانون المرافعات وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، رسالة، حقوق المنوفية، ١٩٩٤، ص١٣.

(٤) راجع: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، ١٩٨٦، ص ٣٥.

(٥) منعا للتكرار أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الاول من هذا البحث، تحت عنوان " المحكم والمقاول".

(٦) راجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ١٨٦.

الذي يتمتع به المحكم في ممارسته لمهمته دون الخضوع لرأي الأطراف. إلا أن الاختلاف بينهما يتضح في اختلاف الأعمال المادية التي يؤديها المقاول عن الأعمال الذهنية والقانونية التي يؤديها المحكم، وانتفاء عنصر المضاربة بالنسبة للمحكم(1) . أما عن تكييفها بأنها عقد العمل(2) فهناك اختلاف جوهري يتمثل في أن محل العقد هو القيام بمجهود ذهني وليس بدنياً، فضلاً عن وجود علاقة تبعية تفرضها علاقة العمل لا تتوافر بالنسبة للمحكم الذي يتمتع باستقلال في مواجهة الأطراف وهذا الاستقلال الفني لا يتعارض مع خضوع المحكم لإتفاق الأطراف أو لأحكام القانون، وعندما يكون التحكيم مؤسسياً فإن تبعية المحكم للمؤسسة تكون تبعية إدارية وليست فنية ولا يجب أن تتجاوز هذا الإطار الإداري أو التنظيمي إلى المسائل الفنية(3).

كما أنتقد بعض الفقه هذا التكييف التعاقدي لعجزة عن تبرير السلطات القضائية التي يتمتع بها المحكم(4) ، وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن أنصار

---

(1) كما أن شخصية المحكم محل اعتبار لأنها أساس الثقة التي لولاها له الأطراف، وهذا نادراً ما يتحقق بالنسبة للمقاول، وهو ذات ما قيل بشأن تكييف علاقة المحامي وتحديد مسئوليته. راجع: محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٦٢، بند ٣٧.

(2) منعا للتكرار أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الاول من هذا البحث، تحت عنوان " المحكم والعامل".

(3) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية قديماً إلى تكييف علاقة المحكم بالأطراف بأنها من علاقات القانون الخاص دون تحديد. راجع: حكمها الصادر في ١٩٣٧/٧/٢٧ منشوراً في: Siery,1938,P.25. ومشار اليه في المرجع: هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٣٢.

(4) وقد انتهى البعض إلى تكييف العقد الذي يربط المحكم بالأطراف بأنه عقد غير مسمى، لم تنظمه أحكام القانون المدني، أو هو عقد من نوع خاص وذلك بالنظر إلى أن علاقة المحكم بالأطراف تنطوي على ملامح من كافة الأنماط السابقة، إلا أنها لا تتطابق مع أي منها. =

النظرية العقدية كانوا يهدفون إلى إنكار الطبيعة القـضائية لحكـم التحكـيم لإستبعاد الرقابة على أحكام التحكيم باعتبارها أحكاماً أجنبية([1]) ، وبإستبعاد هذه الرقابة على أحكام التحكيم لم يعد هناك مبرر للتمسك بهذه النظرية، وقد انتقدت هذه النظرية من عدة وجوه أهمها مبالغتها في الإعتماد على المعيار

العضوي دون النظر على طبيعة المهمة ذاتها المخولة للمحكم، والتعويل على المصدر الإرادي لإتفاق الأطراف.

ثالثاً: تقيم النظرية:

في تقديرنا أن مثار هذه الانتقادات جميعاً للنظرية أو ما يعيبها هـو مبالغتها في التركيز على نطاق سلطان ارادة الخصوم في عملية التحكيم([2]) ، على الرغم من ان هذه الإراده لا تكفي في ذاتهـا لبنـاء نظـام التحكـيم. فالمحكم- وان كان يستمد سلطته من اتفاق الخصوم على التحكيم- يمـارس هذه السلطه، والتي ينظمها القانون للمحكم، استقلالا عـن ارادة الخـصوم، والتي تتلاشى بدورها بمجرد انعقاد التحكيم وبدء سير الدعوى التحكيميه([3]).

كما يؤخذ على هذه النظريه عجزها عن تسويغ تمتع الحكم التحكيمي

= راجع: د/إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ٣٦. بينما يقرر البعض أن فكرة العقد غير المسمى ما هي إلا وسيلة للهرب من تكييف أي عقد يصعب تكييفه.

(١) راجع: د/ عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقـوق الكويتية، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٤، ص ١٠١.

(٢) راجع : محمود هاشم : النظرية العامه للتحكيم ، مرجع سابق، ص٢١٨.

(٣) راجع : د/ السيد عبد الحميد: تدخل القضاء في التحكيم بالمساعده والرقابـه، دار النهـضة العربية، القاهره،٢٠٠١، ص٤ وما بعدها.

بالحجيه وامكانية استئنافه في التشريعات التي تجيز ذلك[1] . اضف الى ما سبق ان دور الاراده ينحصر في تحريك نظام التحكيم، وهو لا يختلف عن دورها في تحريك قضاء الدوله الذي لا يحكم الا بناء على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم[2].كما يعيب على هذه النظريه بتقديرنا هو التركيز على الإطار الإتفاقي الذي تنشأ في إطاره مهمة المحكم في مرحلة الاتفاق على التحكيم، فهذا الإطار الاتفاقي يوجد تقاربا على الأقل ظاهرياً، بين مهمة المحكم وغيرها من المهام ذات الطابع العقدي كالوكالة والمقاولة، وقد دفع هذا التقارب إلى الخلط بين مهمة المحكم وغيرها من المهام، وكان لهذا أثره السلبي على تحديد نطاق سلطاته وأسبغ على مهمته كثيراً من الشك والغموض.

كذلك وعلى نحو ما ذهب البعض أنه يصعب النظر إلى التحكيم كعقد، فالعقد في ذاته لا يحل النزاع، وإذا كانا لا ننفي وجود اتفاق بين الأطراف على حسم النزاع بالتحكيم فيجب عدم الخلط بين هذا الاتفاق وبين التحكم ككل، وحتى لو أمكن وصف اتفاق التحكيم بالطبيعة العقدية فلا يمكن مد هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر، فإذا كان التحكيم لا يكون إلا باتفاق بين الأطراف فإن هذا لا يعني أن التحكيم مجرد عقد أو نظام تعاقدي[3] . مما دفع الفقه والقضاء إلى تبني فكرة الطبيعة العقدية هو التركيز على الطابع

---

(١) راجع : علي سالم ابراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص٩١ وما بعدها. وراجع ايضا: هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

(٢) راجع: ابو زيد رضوان: الاسس العامه، المرجع السابق، ص ٢٥. وراجع: ومحمود هاشم: النظرية العامه للتحكيم، مرجع سابق، ص٢٦.

(٣) راجع: عزمي عبد الفتاح : قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ١٨٧ وما بعدها.

الرضائي للجوء إلى التحكيم. غير أنه إذا كان الأساس التعاقدي يمثل نقطة الانطلاق إلا أن هذا الاتفاق هو آلية أعمال التحكيم ومنبت الصلة بإجراءات التحكيم والحكم، والقول بغير ذلك يشكك في القوة القضائية لحكم المحكم باعتباره عنواناً للحقيقة([1]).

وفي تقديرنا، أن مسايرة هذا التكييف يرتب حتماً إنكار الطبيعة القضائية لحكم المحكم ويفقده الحجية وقوة الشيء المحكوم فيه، وينحصر في وصف مهمة الموفق التي لا تتجاوز اقتراح حل يرضي جميع الأطراف، ولا يعبر عن مهمة المحكم الذي يحسم النزاع نهائياً بحكم ملزم يستقل بإصداره من خلال إجراءات مخاصمية في جوهرها تمهد له الطريق لتحقيق إدعاءات الخصوم، وفحص المستندات والأدلة المقدمة إليه.

كما أن غياب فكرة الخصومة هو أمر ينفية الواقع العملي، فتعارض المصالح الذي يعكسه وجود النزاع يحتم ظهور اعتبارات الخصومة، ومن ثم نخلص على أن هذا الجانب الإتفاقي الذي تبدأ به عملية التحكيم لا يحول دون إسباغ الصفة القضائية على الإجراءات، وهو ما أكدته أحكام قانون التحكيم المصري الجديد.وإزاء هذه الانتقادات سعى الفقه إلى تبني نظرية الطبيعة

---

(١) وانطلاقاً من ترجيح الطبيعة العقدية يضع بعض الفقه تصوراً لمهمة المحكم يتلخص في أن: فالمحكم لا يدين بقدر ما يرجح وجهة نظر أو تفسير طرف على وجهة نظر أو تفسير الطرف الآخر لشرط من شروط العقد أو الالتزام من الالتزامات الناشئة عنه. فالمحكم يقوم بعمل يشارك فيه الأطراف، فحكم المحكم هو نتيجة عمل جماعي يشارك فيه الأطراف والمحكمون، لا تحكمه اعتبارات الخصومة ورغبة كل طرف في الانتصار لنفسه كما هو شأن الخصوم أمام القاضي، راجع في ذلك: مختار بريري: التحكيم التجاري مرجع سابق، ص٧، بند٣.

القضائية([1]) ، والتي سنعرض لها في المبحث الثاني.

المبحث الثاني
نظرية الطبيعة القضائية لعمل المحكم([2])

أولاً: مضمون النظرية وأسانيدها:

يؤدي المحكم وظيفة القضاء بين الخصوم بحكم حاسم للنزاع يحوز حجية الأمر المقضى([3]) ، وهذا هو جوهر الوظيفة القضائية وأن استندت مهمة المحكم في وجودها لاتفاق التحكيم. فالمشرع نظم قواعد وإجراءات خصومة قاض، ويعد ما يصدره حكماً حقيقياً أي عملاً قضائياً، وهذا الحكم يقف من الخصوم موقف أحكام القضاء([4]). فالمحكم قاض يؤدي الوظيفه

---

(١) راجع عرض هذه النظرية تفصيلاً: د/أبو زيد رضوان: الاسس العامه، مرجع سابق، ص ٣٠. وراجع أيضاً في الفقه الفرنسي:
Rene David , L, arbitrage dans le commercial International, Paris, 1982. P. 109.

(٢) راجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٢٠. وراجع : سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص٤٢.

(٣) راجع: د/ فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، ١٩٨٧، ص ٤٠. ويؤكد البعض أن مهمة المحكم هي مهمة القاضي ذاتها فكلاهما مناط به حسم النزاع واتخاذ الحل العادل بين طرفيه، وكل منهما يتبع إجراءات معينة للوصول إلى النتيجة النهائية لعل أهمها مناقشة حجج وأدلة كل طرف من قبل الطرف الآخر أمام هيئة التحكيم، وراجع: Vizioz, Etude deprocedure, 1958, P. 588
مشار إليه في: د/ خالفي عبد اللطيف: الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الجماعية، رسالة، عين شمس، القاهره، ١٩٨٧، ص ٣٩٨.

(٤) ويتضح هذا الطابع القضائي لخصومة التحكيم من خلال متابعة نصوص قانون التحكيم المصري الجديد المواد من ٢٥ إلى ٢٩، وأيضاً القانون الفرنسي الصادر عام١٩٨١، المادة ١٤٦٩ وما بعدها.

نفسها التي يؤديها قاضي الدوله[1] فهو يتثبت ويتحقق، ثم يزن الادلـــه[2] ، ويعد ما يصدره حكماً حقيقيً أي عملاً قضائياً له نفس اثار الحكم القضائي، وهذا الحكم يقف من الخصوم موقف أحكام القضاء[3] . إذ تعجز فكرة العقد عن تفسير سلطات المحكم في فرض الحكم على الخصوم[4]، فإذا نظرنا إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم طالما اتفقوا عليه، وأنـــه يحل محل قضاء الدولة الإجباري وينفذ تنفيذاً جبرياً بعد صدور الأمر بتنفيذ الحكم فإننا نجد أن الصفة القضائية هي التي تغلب على الحكـم وأن حكـم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الـصادر عــن الـسلطة القضائية في الدولة[5].

بالإضافه إلى ذلك، فإن عقد التحكيم لا يمكن أن ينتج أحكاما قـضائية، ولكن المشرع هو الذي اقر قضاء التحكيم كما انشأ المحاكم العادية لإقامــة العدل بين الناس، وعلى الرغم من ان وظيفة المحكم مؤقته، نجدها لا تختلف

---

(١) راجع في ذلك: د/ محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائي المدني، دار النهـضة العربيــة، القاهرة، ط١، ١٩٧٦، ص١٠٨. وراجع ايضا: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكــويتي، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها. وراجع: محمود هاشم: النظرية العامه للتحكـيم، مرجــع سابق، ص٢١٤.

(٢) راجع: د/عبد الحميد الأحدب: التحكيم الصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ٢٠٠٠، ص٦٥.

(٣) راجع: أحمد أبو الوفا: قواعد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الاســكندرية، ط ٢، ١٩٧٤، ص ٢٢٢. وأيضاً راجع : احمد ابو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ١٩.

(٤) راجع : هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٤٠.

(٥) راجع: د/ شمس ميرغني: التحكيم في منازعات المشروع العام، رســاله، عــين شمــس، القاهره، ١٩٧٣، ص ٤٥٦. راجع: أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، مرجــع سابق، ١٩٨٧.ص١٩.

عن وظيفة قاضي الدوله من حيث تطبيق القانون والفصل في موضوع النزاع، وبذلك يكون للمحكم ولاية مثل تلك التي للقاضي بالنسبة للنزاع المطروح عليه([1]).

ويرى البعض أن ثمة عناصر ثلاثة يجب أن تتوفر في العمل القضائي وهي: الإدعاء، والمنازعة، والعضو القائم بالعمل وهو الشخص الذي يملك قانوناً صلاحية حسم النزاع، وإذا طبقنا المعايير الثلاثة على التحكيم لوجدنا أنها تتوافر جميعاً([2]) ، فعمل المحكم يعد قضائياً مادام جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون.

ويضيف البعض على ذلك أن أحكام المحكمين تعد أعمالاً قضائية بالمعني الدقيق، وهي تعد كذلك شكلاً وموضوعاً، أي من حيث الشكل حيث أنها تصدر في شكل أحكام قضائية وبنفس إجراءات إصدار الأحكام، وأيضاً من حيث الموضوع حيث أنها تفصل في نزاع حقيقي بين أطراف الخصومة، يطبق فيه المحكم قواعد القانون الموضوعي في الغالب الأعم من الحالات، ويلتزم باحترام حقوق الدفاع والمبادئ المخاصمية([3]) . وأن حكم المحكم يعد عملاً قضائياً وفقاً لمعيار العمل القضائي لأنه يتكون من ثلاثة عناصر إدعاء وتقرير وقرار، وأنه وفقاً لنظرية الغاية الاجتماعية يعد قضائياً لأنه يحسم النزاع، ووفقاً لنظرية الغاية القانونية، فإنه يعد عملاً قضائياً أيضاً لأنه يقوم

---

(١) راجع: علي سالم ابراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق ، ص٩٣ وما بعدها.

(٢) راجع : محمد عبد الخالق عمر:النظام القضائي المدني، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣) راجع: د/ محمود هاشم: استنفاذ ولاية المحكم في قوانين المرافعات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، يناير ويوليو،١٩٨٤، ص ١٥وما بعدها. وراجع أيضاً محمود هاشم : النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٢١٥.

بتحقيق القانون في الواقع الفعلي، ويحل محل الخصوم في أعمال القانون[1] ، وأيضاً يملك المحكمون سلطة القضاة لأنهم قضاة الخصوم، فهم يقولون القانون ويفصلون في حقوق والتزامات الطرفين معاً، ويؤكد بعض الفقه أن التحكيم قضاء، فالأشخاص عندما يتفقون على التحكيم لا ينزلون عن الدعوى وإنما ينزلون عن الحق في الالتجاء إلى القضاء[2] .

ويؤكد بعض الفقه أن المحكم بحكم وظيفته في فض المنازعات وفقاً للقانون والعدالة يعتبر قاضياً، وهو يصدر حكماً حقيقياً في المنازعة يحوز حجية الأمر المقضي، وهو لا يستند في عمله إلى عقد الحكيم وحده وإنما إلى إرادة المشرع التي تعترف به وتجعل حكمه قابلاً للطعن فيه أمام القضاء، لذا يعتبر حكم المحكم بمجرد صدوره ورقة رسمية، وهكذا يمكن القول أن المشرع نظم نوعين من القضاء قضاء المحاكم، وقضاء التحكيم، وأن التحكيم جزء من نظام قضائي حقيقي يتقرر كاستثناء على الشريعة العامة[3].

وذهب رأي مؤخراً، نعتقد دقه ما انتهي إليه، إلى وجوب تأصيل مهمة

---

(١) راجع: د/ وجدي راغب:مقاله المنشور بمجلة الحقوق السنة السابعة، ع٣، ١٩٨٣، ص ١٠٤. حيث يقرر سيادته أن النظرية القضائية هي السائدة في الفقه الفرنسي والمصري، والجدير بالذكر أنه كان يؤيد الطبيعة التعاقدية ثم عدل عنها مقرراً الطبيعة القضائية للتحكيم، ثم عاد لنظرية استقلالية لتحكيم مؤخراً في بحثه الأخير على نحو ما أسلفنا.

راجع مؤلفه: وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٣٨٥.

(٢) راجع: د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٨٧، ص ٤٠. وراجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٣) راجع: د/ حسني المصري: بحث بعنوان " شرط التحكيم التجاري"، مقدم ضمن أعمال مؤتمر العريش، ١٩٨٧، ص ١٢٩. وراجع أيضاً: د/ أكثم الخولي: بحث بعنوان "أخلاقيات التحكيم" ، المقدم في مؤتمر تحكيم مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط في يناير ١٩٨٩، ص ٢.

المحكم بعيداً عن اتفاق التحكيم الذي وإن كان سبب سلطة المحكم، إلا أنه لا يعدو كونه عقداً موضوعه التقاضي بطريقة التحكيم كطريق مواز للقضاء ويتميز بنظام خاص يحكمه، وليس من شأن هذه الاتفاق أن يمس بالطبيعة القضائية لمهمة المحكم ولعملية التحكيم ذاتها(١). وقد أقرت محكمة النقض المصرية الطبيعة القضائية لمهمة المحكم(٢)، وفي الفقه الغربي ذهب البعض إلى أن المحكمين يحتلون موضعاً منفرداً يملكون بمقتضاه سلطة الفصل في النزاع بين أطراف اختاروهم كقضاة(٣).

ويؤكد البعض الآخر هذه الطبيعة القضائية للتحكيم بأنه يسير موازياً لقضاء الدولة وأن وظيفة المحكم تتطابق مع مهمة القاض وإذا وجد اختلاف فمرده على عوامل خارجية ليست من صميم مهمة المحكم ذاتها(٤) . كما

---

(١) راجع: د/ أمال الغزيزي: دور القضاء في تحقيق فاعلية التحكيم، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص٤١وص٨٣ . وهناك من الفقه المصري من رأى بوضوح هذه الطبيعة القضائية من فترة طويلة مضت، وراجع: د/ أبو هيف: حيث قرر بوضوح "أن حكم المحكمين هو قضاء على الخصوم في النزاع المتفق علي التحكيم فيه"، طرق التنفيذ والتحفظ، ص٩٢٥، بند ١٣٧٤. وراجع ايضا : رمزي سيف: قواعد تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية، ١٩٦٩. وراجع ايضا: عبد المنعم الشرقاوي: المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٦٣٣.

(٢) راجع : حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٨٦/٢/٦ في الطعن رقم ٢١٨٦ لسنة ٥٢ق، والمنشور بمجلة القضاة، س٢١، ع يناير ١٩٨٨، ص ٢٣٤. والمنشور بمجلة القضاة، س ٢١، ع يناير ١٩٨٨، ص ٢٣٤.

(٣) **Perrot**, Instituations Judiciaires, Paris, 1983, P. 44, 57, "L,arbiter remetre a un simple oitoyen, qui aura tous pouvoires pour trancher le litige entre les particuliers qui l.auront choisi comme juge.

(٤) **Philippe Fouchard**, L,arbitrage commercial international, 1965, P. 5, 11."Les arbitres ont pouvoir de juger, ils doivent trancher le differend qui =

ذهب البعض إلى أن عملية التحكيم ما تعرفها قواعـد القـوانين الإجرائيـة الوطنية، هي عملية قضائية يقوم بها شخص له صفة القاضي، واختياره من قبل الأطراف لا يؤثر على عملية التحكيم ذاتها وآليات سيرها، والتغاضـي عن هذا الإطار القضائي يحول دون الاعتراف بالحكم أو تنفيذه، لما ينطوي عليه من إخلال بحقوق الدفاع([1]) ، كما يؤكد البعض أن المحكمين يعتبـرون ممثلين للدولة أو لقضائها، وأنهم يؤدون مهمـة مماثلـة لوظيفـة القـضاة ويتحملون المسئوليات ذاتها([2]) .

ورغم أن محكمة النقض الفرنسية هجرت نظرية الطبيعة العقدية إلا أنها لم تسلم بالطبيعة القضائية مرة واحدة وإنما تحولت نظرتها لمهمة المحكم من أنه قاض مستعار([3]) ، ثم التسليم بأنه قاض استثنائي.

وهو ما عبرت عنه بقولها: "إن التحكيم قضاء استثناء يملك فيه المحكم سلطة

= leur est soumis, c, est -a- dire, {dire le droit}, au sens propre fixer les droits et obligations des parties statuer sur leurs pretentions respectives, candamner l,une ou l,aune et l,atre.

(١) **Antoine kassis**, thequestionable validity of atbitration and awards under the rules of international chamber of commerce, international arbitration, 1989, vol. 6, n. 2, p. 99. "the arbitrator process, is judicial in the sense that it is the process of jurisdiction, conducted by a judige. That the judge is privat judge doesnot affect the essentially jurisdictional character of the mechanism and operation".

(٢) **Friedman**, International Arbitration, 1990, vol. 7, P. 16" arbitrators are viewed as judges contractualy chosen , performing functions assuming analgous to those of judge substitutes for state and imilar responsibilities".

(٣) راجع: حكم محكمة "Angers" منشوراً في: Dalloz, 1954, P. 207. مشار اليـه فـي المرجع: هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٤٣.

ذاتية مستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم[1] ، إلـــى أن سلمت بالطبيعة القضائية لمهمته حيث قررت أن حكم المحكم هو عمل قاض سماه الخصوم، وقد أكد هذا القضاء فيما تلاه من أحكام، فانتهت فـــي حكــم لاحق إلى أن المفهوم الحقيقي لعملية التحكيم هو اتجاه إرادة الأطراف إلـــى منح المحكم سلطة قضائية[2] . وقد جاءت أحكام قانون المرافعات الفرنـــسي الجديد في عام ١٩٨٠ مؤكدة في مضمونها على هذه الطبيعة القضائية.

ثانياً: إنتقادات النظرية:

نتيجه للإختلافات[3] القائمه بين المحكم والقاضي انكر جانـــب مـــن الفقه[4] على المحكم اكتساب مركز القاضي فالمحكم ليس قاضيا عضوا من اعضاء السلطه القضائية في الدوله حتى ولو تم اختيار قاضي للتحكيم فـــي الاحوال التي يجوز فيها ذلك – فإنه يعمل كمحكم وتطبق عليه قواعد التحكيم

---

(١) راجع: هذا الحكم منشوراً في: Revue de l,arbitrage, 1958, P. 61 : مشار اليه فـــي المرجع: هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٤٤.

(٢) راجع: حكمها الصادر في ١٩٦٠/١٠/٢٩، منشوراً في: Revue de l,arbitrage, 1960, P. 121: مشار اليه في المرجع: هدى عبدالرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٤٤.

(٣) راجع: أنظر في هذه الاختلافات التي تعتبر من ادلة وحجج منتقدي الطبيعه القضائية لعمـــل المحكم في المبحث الثاني من الفصل ومن هذا البحث تحـــت موضـــوع " ثامنـــا: المحكـــم والقاضي". منعا للتكرار ارتئينا عدم ذكر هذه الفوارق والاختلافات التي تبعد عن المحكم صفه القاضي في هذا البند.

(٤) راجع: امينه النمر: قوانين المرافعات، مرجع سابق، ص١٥٨. وراجع: احمد ابـــو الوفـــا: التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص٢١١. وراجع: احمـــد المليجـــي: قواعـــد التحكيم، مرجع سابق، ص٦٩ وما بعدها. وراجع : احمد المليجي: تحديـــد نطـــاق الولايـــة القضائة والاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص٢٣٣.

فالمحكم وأن كان يحل محل القاضي في الفصل في النزاع المتفق فيه على التحكيم إلا أنه لا يكون له صفته او سلطته او سلطانه فالمحكم لا يعتبر قاضيا لانه ليست له ولاية القضاء ولا يقوم بوظيفه عامه فلا يتمتع بالسلطات المخوله للقاضي. كذلك هناك إختلاف بين مركز المحكم والقاضي ناتج عن الفوارق الأساسية المستمده من طبيعه كل من التحكيم والقضاء اذاً يتميز التحكيم، بأنه اداه خصوصيه للفصل في النزاع تتشكل في كل حاله على حده حسب المقتضيات الخاصه للنزاع اما القضاء فهو طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية تحكمه قواعد عامه مجرده موضوعه سلفا لاية قضيه([1]) . وعلى ذلك فإن المحكم يحظى بمركز خاص يتميز عن مركز القاضي نتيجه لاختلاف طبيعه التحكيم عن القضاء ومن ثم فإن النظام الذي يخضع له المحكم يختلف عن ذلك الذي يخضع له القاضي.

ثالثاً: تقيم النظرية:

في تقديرنا أن ما ذهب إليه بعض الفقه من إنتقاد الطبيعة القضائية للتحكيم ولمهمة المحكم، لم يقصد به إنكار تلك الطبيعة بقدر ما هو إنتقاد للتناول الخاطئ لمهمة التحكيم في بعض الحالات، وإنكار للممارسات والأساليب غير السليمة المتبعة من قبل بعض المحكمين وبصفة خاصة في ظل التحكيم الدولي([2]) . وهذه الانتقادات لا تعني إنكار الطبيعة القضائية

---

(١) راجع في ذلك: وجدي راغب: هل التحكيم، مرجع سابق، ص١٣١ وما يليه.

(٢) راجع: وجدي راغب: النظرية العاملة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٥٧٦. وراجع أيضاً: د/ حسام عيسي: دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية، التحكيم التجاري الدولي "نظرية نقدية" ، ١٩٩٠، ص ٧٩ وما بعدها. إذ يقول: المقارنة بين قضاة التحكيم الدولي –

للتحكيم أو لمهمة المحكم، بل تؤكدها، كما أن وجود تجاوزات من بعض المحكمين أو وجود اعتراضات على بعض ممارسات التحكيم لا يعني إنكار الطبيعة القضائية للتحكيم، وإنما رفض المظاهر التي تتعارض معها وتقرير ما يجب أن يكون عليه الوضع(1).

فلا يتصور استبعاد الطبيعة القضائية للتحكيم إلا إذا انكرنا وجود التحكيم ذاته. فخصومة التحكيم عمل قضائي يحسم مركزاً قانونياً متنازعاً بشأنه بتطبيق حكم القانون في إطار إجراءات قضائية تكفل للأطراف الضمانات القانونية. فالتحكيم ليس نشاطاً تلقائياً وإنما نشاط مطلوب كالقضاء ويصدر بناء على إجراءات تكون في مجموعها خصومة قضائية يقوم فيه المحكم بتحقيق ادعاءات الخصوم وما يقدمونه من أدلة ومستندات متيحاً لهم فرصة إبداء دفاعهم وتفنيد كل طرف مزاعم الآخر تحقيقاً لمبدأ المواجهة. فوظيفة المحكم في ظل التحكيم القضائي هي حسم النزاع بعد فحص ادعاءات

= وقضاة الدولة إنما يقوم على وهم خاطئ هو أن وظيفة المحكم مماثلة لوظيفة القاضي، في حين أن هناك اختلافات أساسية بينهما. أما المحكم الذي يستمد سلطانه أساساً من اتفاق الأطراف، فلا يستطيع الإدعاء بأي حال بأن مثل هذا الاتفاق يمنحه سلطة وضع معايير وقواعد يمكن أن يكون لها أية قيمة قانونية فيما يجاوز النزاع المعروض عليه. وقد أورد سيادته هذا الرأي بمناسبة إنكاره لسلطة المحكم في ابتكار قواعد جديدة، وإن كنا نؤيد ما أورده سيادته، إلا أننا لا نقر النتيجة التي رتبها على ذلك وهي إنكار الطبيعة القضائية لمهمة المحكم.

(1) يرى د/ أبو زيد رضوان أن التحكيم أصبح القضاء الأصيل للتجارة الدولية، إلا أن سيادته يقصر الطبيعة القضائية على التحكيم المؤسسي دون التحكيم الحر والذي يعتبره تعاقدياً، ونحن لا نرى وجهاً لأعمال هذه التفرقة في الواقع أو القانون، راجع مؤلفه: ابو زيد رضوان :الأسس العامة ، مرجع سابق، ص٢٩٠.

وهذا هو جوهر العمل القضائي([1]) . وحتى في ظل التحكيم الإجباري بين شركات القطاع العام، أقر القضاء لهيئة التحكيم بالطبيعة القضائية. ([2])

غير أن هذا التقارب بين القضاء والتحكيم يجد حدوده في خصوصية التحكيم الذي يستلزم بحكم طبيعته الخاصة ونشأته الاتفاقية توافر قدر من المرونة في أحكامه وإفساح مجال واسع أمام حرية الأطراف، كما يجد حدوده أيضاً في افتقاد المحكم لسلطة الأمر التي تستوجب تدخل القضاء بالمساعدة تحقيقاً لفاعلية التحكيم([3]) . كذلك لا يمكننا التسليم بتعميم هذه

---

(١) راجع: محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٢١٧. وفي تعريف مضمون العمل القضائي أوضحت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صدر في ١٩٦٠/٤/٢٦ أن القرار القضائي هو الذي تصدره المحكمة بمقتضى وظيفتها القضائية، ويحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية بين خصمين تتعلق بمركز قانوني، ولا ينشئ القرار القضائي مركز جديد وإنما يقرر في قوة الحقيقة القانونية وجود حق أو عدم وجوده فيعتبر عنوان للحقيقة متى حاز قوة الشيء المقضى به، ويكون القرار قضائي متى توافرت له هذه الخصائص ولو صدر من هيئة لا تتكون من قضاة، مشار إليه في: د/ هشام خالد: مفهوم العمل القضائي، مجلة المحاماة، ع١، ٢ يناير، فبراير ١٩٨٧، ص ٣٠: ٦١.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٨٢/٣/٢٠ في الطعن رقم ١٦٩ لسنة ٤٩ ق، مشار إليه في البحث السالف، أما في ظل التحكيم الإجباري في منازعات العمل فقد ثار خلاف بشأن العنصر الإرادي في تشكيل هيئات التحكيم والطبيعة الخاصة لمهمة هيئات التحكيم حيث لا تحسم النزاع نهائياً بل تظل له طبيعة متجددة ومن ثم لا تجوز قراراتها الحجية إذ يعاد النظر في هذه القرارات بتغير الظروف، لذا فإن الرأي الراجح أنها ليست ذات طبيعة قضائية، راجع: د/ السيد عيد نايل: التحكيم في منازعات العمل الجماعية، رسالة، عين شمس، القاهره، ١٩٨٧، ص ١٠٢.

(٣) ويرى البعض أن عمل المحكم قضائي لأن قضاء الدولة يشارك في إصدار هذا العمل، ولأن المحكم يؤدي ذات الدور الذي يؤديه القاضي عن طريق تحقيق فاعلية القواعد القانونية التي تحكم العلاقة محل النزاع، راجع: د/ على سالم ابراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة، عين شمس، مرجع سابق، ص١٠٧.

الطبيعة القضائية على كل مكونات التحكيم، فالبيئة التعاقدية التي تنشأ في اطارها مهمة المحكم والتي تمثل نقطه الانطلاق لا يمكن انكارها، وكذلك الامر بالنسبة للعقد المبرم بين الخصوم والمحكم(1) . واذا كنا لا ننفي وجود اتفاق بين الاطراف على اللجوء الى التحكيم لحسم النزاع. وعقد مبرم بين الخصوم والمحكم، فانه يجب عدم الخلط بين هذا الاتفاق وذلك العقد من ناحية طبيعة العمل الذي يصدر من المحكم من ناحية ثانية(2) . وعلية ينبغي عدم مد الطبيعه القضائية الى كل مكونات التحكيم قصر هذه الطبيعه على وظيفة المحكم وطريقة ممارستها لها دون اتفاق التحكيم والعقد المبرم بين الخصوم والمحكم، اذ انه يبقى لهذين الكائنين طبيعتهما التعاقدية كمصدر للتحكيم(3) .

ومما يؤكد ان عمل المحكم يعد عملا قضائيا مشاركة محاكم الدوله في تحقيق فعالية حكم التحكيم من خلال الأحكام التي تصدرها، إما بهدف مساعدة المحكم أو الرقابة على أعماله(4) . فالتحكيم ليس بمنأى عن سلطة محاكم الدوله. ولقد اصبحت علاقة التعاون بين التحكيم ومحاكم الدوله من سمات التشريعات جميعها التي اقرت نظام التحكيم(5) . فالتحكيم يعتمد على مساعدة القضاء في جميع مراحله من خلال الاحكام الصادره عن القضاء، لسد

---

(1) راجع: محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(2) راجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص٤٣ وما بعدها.

(3) راجع: محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

(4) راجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص٤٣ وما بعدها. وراجع ايضا: احمد ابو الوفا : التحكيم الاجباري والاختياري، مرجع سابق، ص٢١٥.

(5) راجع: علي سالم ابراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص١٠٨ وما بعدها.

النقص الناجم عن كون المحكم فردا عاديا، لا يملك سلطة توجية اوامره الى السلطات المختصه لإجبار الخصوم أو من لهم صله بالنزاع بقراراتــه([1]) . وكذلك هناك مجال اخر لتدخل القضاء يتمثل في تشكيل هيئــة التحكــيم او اكمال النقص فيها والفصل في المسائل الاولية التي تثار أمام المحكم في اثناء نظر النزاع وتخرج عن ولايته.

أضف الى ذلك هذا التدخل من جانب قضاء الدوله في الدعوى التحيكمية ليس مقصوراً على مجرد مساعدة التحكيم على أداء مهمته بإعطاءه الــصفه الإلزامية لأحكامه، ولكنه يمتد ليشمل الرقابه على حكــم التحكــيم المنهــي للخصومه مثل: الأحكام التي تصدر في الإستئناف في التشريعات التي تجيز ذلك او في دعوى البطلان. ([2]) وعلى الرغم من كل ما تقدم، نجد وظيفــة المحكم، وان كانت ذات طبيعه قضائية، لا تتماثل تماما مع وظيفــة قاضــي الدوله([3]) . وإزاء هذه الانتقادات سعى الفقه إلى تبنــي نظريــة الطبيعــة المختلطة([4]) ، والتي سنعرض لها في المبحث الثالث.

---

(١) راجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص٢٢ وما بعدها

(٢) راجع: علي سالم ابراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق ،ص١٠٨ وما بعدها

(٣) تم معالجه اوجه الاختلاف بين قاضي الدوله والمحكم بشكل مفصل في المبحث الثاني مــن الفصل الاول من هذا البحث، ومنعا للتكرار ارتئينا عدم ذكر هذا الاختلاف مره اخرى.

(٤) راجع: عرض هذه النظرية تفصيلاً: د/أبو زيد رضوان، الاسس العامه، مرجع ســابق، ص ٣٠. وأيضاً راجع: في الفقه الفرنسي: Rene David, L,arbitrage, P. 109.

المبحث الثالث

نظرية الطبيعة المختلطة لعمل المحكم([1])

أولاً: مضمون النظرية وأسانيدها:

حاول بعض الفقه تلافي الانتقادات الموجهة إلى النظرية التعاقدية والقضائية، بتقرير أن التحكيم يشغل مركزاً وسطاً بين الحل الذاتي الرضائي للمنازعات وبين الحل القضائي الذي تفرضه أحكام القضاء، فيتراخى الاعتراف بالطبيعة القضائية لحكم التحكيم لما بعد صدور الأمر بتنفيذه، وذلك كنتيجة للربط بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية، ومن ثم يتمتع الحكم بطبيعة مزدوجة، تبدأ تعاقدية وتنتهي قضائية عندما يصدر الأمر بتنفيذ الحكم. ويترتب على الأخذ بهذه الوجهة من النظر عدم الاعتراف بحجية حكم التحكيم إلا بعد صدور الأمر ([2]).

ويقترب من هذا الإتجاه ما ذهب إلي البعض الآخر من أن التحكيم يخضع لنظام خاص يقف به عند منتصف الطريق بين النظام العام للتصرفات القانونية ونظام العمل القضائي([3])، أو أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر بمرحلة متعددة تلبس كل منها لباساً خاصاً، وتتخذ طابعاً مختلفاً، فهو

---

(١) راجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٢٨. وراجع ايضا : سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص٤٧.

(٢) تنص المادة ٤٧ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه:" يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن محكمة وفقاً للأصول المرعية". حكم هذه المادة يطابق حكم الماده ٥٢ من قانون التحكيم الاردني وحكم الماده ٥٥ و ٥٦ من قانون التحكيم المصري.

(٣) راجع: وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخرة حكـم[1]. ويـرى البعض أن التحكيم يبدو كأنه نوع من الحلول التي تقيم التوازن بـين متناقـضين همـا احترام سلطان الإرادة، ومقتضيات الانـصياع لأحكـام التنظـيم القـانوني للمجتمع، وفي الأخذ بفكرة الطبيعة المختلطة تتمثل فكرة العقـد باعتبارهـا تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة وتتمثل أيضاً بفكرة القضاء، أي اقتضاء الحـق عن طريق حكم القانون والعدالة ليسبغ على عملية التحكيم طبيعة مختلطـة عبارة عن نوع من القضاء الخاص ذي أساس إتفاقي، وتتناوب على طبيعـة التحكيم التأثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء معاً[2].

وبالنتيجه وطبقا لهذه النظرية، يتمتع التحكيم بطبيعه مزدوجه، فهـو يبدأ تعاقديا باتفاق الخصوم على اللجوء الى التحكيم واختيار المحكم وتحديد سلطته، وكذلك اختيارهم القانون الواجب التطبيق على الاجـراءات وعلـى موضوع النزاع، ثم يمر بمرحلة اجراءات وينتهي بقضاء في ضوء القـرار الصادر الحاسم للنزاع عندما يصدر الأمر بتنفيذه من قضاء الدوله[3] .

---

(١) راجع: د/ محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دروس لطلبة دبلـوم القـانون الخـاص، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٠٠.

(٢) راجع: / أبو زيد رضوان: الاسس العامه، مرجع سابق، ص٣، وراجع أيضاً:
Lalive, Problems relative a l,arbitrage International commercial, Recueil des cours, 1967, p. 588" S,il apparaait ainsi hors de doute que, dans son enemble i,arbitrage verra se devolopper constamment son aspect contractueul,mais que cependantl, on s,efforce de maintenir a la sentece un caractere juridictionnel".

مشار اليه في المرجع : ابو زيد رضوان: الاسس العامه للتحكيم.

(٣) راجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص٢٤ وما بعدها. ويـرى الدكتور عزمي ان التحكيم عمل قضائي وان المحكم قاض بالمعنى الفني، ولكن المشكله الان هي تحديد المدى الذي يتشابه فيه حكم المحكم وحكم القاضي. راجع ايضا: ومحمود هاشـم: النظرية العامه للتحكيم، مرجع سابق، ص٢٢٢ وما بعدها.

وهكذا تقف هذه النظرية موقف توفيقياً أو وسطياً، وترى النظريه، إنه لا ينبغ اضفاء تكييف واحد على عملية التحكيم. فالتحكيم في الحقيقة نظام مختلط او مركب يبدأ تعاقديا، وفي مرحلة لاحقه يصبح ضائي بفضل تدخل الدولــه عندما يلجأ الاطراف لاعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية. وبدءا من صدور الامر بالتنفيذ من قاضي الدوله يصبح قرار التحكيم حكما قضائيا ([1]).

ثانياً: إنتقادات النظرية:

وجه الفقه العديد من الانتقادات لهذه النظرية لعل أهمها أنه يترتــب على قبولها إهدار القيمة القانونية لحكم التحكيم الذي لا يصدر الأمر بتنفيذه، وهذا يتنافي مع قصد المشرع من إقرار نظام التحكيم([2]) . ففكرة التحكيم تقوم أساساً على التنفيذ الاختياري لحكم المحكم الذي يكتسب الحجية فور صدوره دون أن يتراخى هذا الأثر لحين صدور الأمر بالتنفيذ، وهذا ما أكدته احكام التحكيم المختلفه([3]). ويرد بعض الفقه على القول بأن التحكيم عمليـــة شـــبه

---

(١) راجع: د/ ناريمان عبد القادر:اتفاق التحكيم دراسة مقارنة في اتفاقية نيويــورك – القـــانون الفرنسي – القانون النموذجي – الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربيـــة، القـــاهرة، ط١، ١٩٩٦، ص٥٥.

(٢) راجع: عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم (دراسة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي) مجلة الحقوق، العدد الرابع، ١٩٨٤. ص١٠٣ وما بعدها.

(٣) تنص المادة ٤٧ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه"يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه مـــن المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيهـــا أي حكم أو قرار صادر عن محكمة وفقاً للأصول المرعية".**حكم هذه المادة يطابق حكم الماده** ٥٢ من قانون التحكيم الاردني وحكم الماده ٥٥و ٥٦ من قانون التحكيم المـــصري. وحكـــم الماده ١٥٨ من قانون التحكيم الانجليزي، والماده ١٤٧٦ من قانون الاجـــراءات الفرنـــسي، والماده ١٣٢ من قانون التحكيم التونسي، والماده ٢١ من قانون التحكيم السعودي.

قضائية، وبهذا يكون تجنب أخذ موقف واضح من الطبيعة القضائية بالرفض والقبول([1]). فرغم صدق فكرة الطبيعة المركبة للتحكيم والتي تجد أساسها في كونه اتفاقي النشأة، قضائي الوظيفية إلا أن هذه النشأة الاتفاقية لا تؤثر على سلطات المحكم القضائية.

فالأصل المزدوج لسلطات المحكم متمثلاً في إرادة القانون، ثم إرادة الأطراف، وهذا يضفي على مهمة المحكم بعض الخصوصية التي تنعكس على ممارسته لمهمته، إلا أنها لا تنفي الطبيعة القضائية لها([2]) . كما يرد على أنصار النظرية المختلطة بأنه إذا كان التحكيم في حقيقته ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاء إرادياً، أو عملاً قضائياً يستمد أساسه من اتفاق الأطراف، أي أنه من ناحية عمل قضائي، ولكنه في الوقت ذاته ينطلق في منشئه من تصرف إرادي تعاقدي، فإن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول بأنه ذو طبيعة مختلفة، أو أنه خليط غير متجانس، فالمظاهر المستمدة من أصله، وهي إرادة الأطراف ترجح طابعه التعاقدي، بينما هو قضائي من حيث أنه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد قوة العقد.

وكما يرى أن العنصر الإرادي هو السائد في المرحلة الأولي من التحكيم، وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل المنازعات، ثم يبدأ العنصر الإرادي في الأول تدريجياً تاركاً الغلبة منذ بدء مرحلة التداعي للخصائص

---

(١) راجع: د/ محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين، دار النهضة العربيه، القاهره، ١٩٩٣، ص ٢٥.

(٢) راجع: د/ سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها.

التي يتسم بها العمل القضائي([1]) .

وذهب بعض الفقه تعلياً على هذه النظرية أنها أختارت أسهل الحلول ولم تتصد لجوهر المشكلة([2]) . ويضيف البعض على ذلك أن المناقشة الهادئة تبين أن لكل من النظريات نقاط ضعفها، وقد توقع الحيرة بالباحث في اتخاذ موقف سلبي يتمثل في القول بأنها ذات طابع خاص، والأسوأ أنها مختلطة([3]) . كما أنها لم تعد محاولة وصف عملية التحكيم في مراحلها المختلفة، ولم تقدم إطاراً قانونياً يفسر السلطات القضائية للمحكم والتي لم ينكر أنصار هذه النظرية تمتع المحكم بها استقلالاً عن الأطراف.

وهكذا يتضح ضعف التأصيل القانوني لهذا الاتجاه، مما دفع الفقه إلى تبني اتجاه آخر ينادي باستقلالية نظام التحكيم وعمل المحكم عن كل من التكييف التعاقدي والقضائي، وهو ما سنعرض له في المبحث الرابع.

ثالثا: تقيم النظرية:

طبقا لهذه النظرية، نرى أن التحكيم يتمتع بطبيعه مزدوجه، فهو يبدأ تعاقديا بإتفاق الخصوم على اللجوء الى التحكيم وأختيار المحكم وتحديد سلطته، وكذلك أختيارهم القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى

---

(١) راجع: د/ محمد نور شحاته: النشاه الاتفاقية، مرجع سابق، ص٢٤ وما بعدها.

(٢) راجع: د/ محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٢١٩. حيث يؤيد سيادته النظرية القضائية، كما اوضحناه سابقا.

(٣) راجع: د/ وجدي راغب:مقال بعنوان تأصيل الجانب الأجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق السنة السابعة العدد الثالث، سبتمبر ١٩٨٣، ص ١٠٤.

موضوع النزاع، ثم يمر بمرحلة إجراءات وينتهي بقضاء في ضوء القـــرار الصادر الحاسم للنزاع عندما يصدر الأمر بتنفيذه من قضاء الدوله(1).

وهكذا تقف هذه النظرية موقف توفيقياً أو وسطياً، وترى أنه لا ينبغ إضفاء تكييف واحد على عملية التحكيم. فالتحكيم في الحقيقة نظام مختلط أو مركب يبدأ تعاقديا، وفي مرحلة لاحقه يصبح قضائيا بفضل تـدخل الدولـــه عندما يلجأ الاطراف لاعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية، وبدءاً من صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدوله يصبح قرار التحكيم حكما قضائياً(2).

---

(1) راجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص٢٤ وما بعـدها. يـرى الدكتور عزمي ان التحكيم عمل قضائي وان المحكم قاض بالمعنى الفني، ولكن المشكله الان هي تحديد المدى الذي يتشابه فيه حكم المحكم وحكم القاضي. وراجع ايضا: محمود هاشـم: النظرية العامه للتحكيم، مرجع سابق، ص٢٢٢ وما بعدها.

(2) راجع: ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص٥٥.

المبحث الرابع

نظرية الطبيعة المستقلة لعمل المحكم(١)

أولاً: مضمون النظرية وأسانيدها:

يرى أنصار هذا الإتجاه أن للتحكيم طبيعة خاصة وذاتية مستقلة تأتى من كونه أداة خاصة تحقق الهدف الذي يسعى إليه الخصوم(٢) ، وتدعيماً لهذه النظرية أتجه البعض إلى الربط بين الهدف الذي يرمي إليه الخصوم وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي لها أمام المحاكم وبين استقلاليته عن الأنظمة الأخرى، ويرى عدم تفسير التحكيم في ضوء المبادئ التقليدية ومحاولة ربطه بالعقد أو بالتحكيم القضائي(٣)، ويضيف البعض على ذلك أن مهمة الباحث تنصب أساساً على حصر العناصر ذات الطابع القضائي، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة(٤).

---

(١) راجع: الدكتوره سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٣١. وراجع: سيد احمد محمود: مفهوم التحكيم وفقا للقانون الكويتي،ص٤٨.

(٢) N. Saad, La Sentence arbitral, these, Paris ,1969. P. 53.

(٣) راجع: د/ سامية راشد: التحكيم في العلاقات الخاصه، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها.، وقد أشارت إلى رسالة 'Divichi' التي أقامت التقسيم الأساسي لرسالته بناء على هذه الفكرة والتي عبرت عنها بقول:

"Dans quelle measure la notin de contrat et la notion de jurisdiction enterviennent pour donner a l,arbitrage sa physionomie. "Jacqueline Rubellin **Devivhi: L arbitrage ,** nature juridiq ue , droit intern prive . these lyon 1965, P. 925.

(٤) راجع : سامية راشد: التحكيم في العلاقات الخاصه، مرجع سابق. كما أشارت سيادتها أيضاً إلى رأي الفقيه "Klein" والذي يشبه التحكيم بأنه:

"une pluralite des actes d,essence contractuelles interpretant dans une moble tres scomplex **klein** "Consederations sur l.arbitrage en droit inernational prive, paris, 1955, P. 203.

ونادي بعض الفقه بإستقلال نظام التحكيم من خلال التأكيد على طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود، كما تفترق عن أحكام القضاء([1])، كما ذهب بعض الفقه مؤخراً إلى القول بأن التحكيم ليس نوعاً من القضاء، وإنما هو نظام مختلف في وظيفته وطبيعته وفي غايته وبنيانه الداخلي عن القضاء وهو بذلك يمشي موازياً له.

ويرتب على ذلك نتيجة مؤداها عدم جواز تطبيق قواعد القضاء إلا على سبيل القياس وبشروطه، ويرى أن التطبيق الآلي لقواعد القضاء على مسائل التحكيم فيه مسخ لنظام التحكيم وتشويه له، كما أن تطبيق ما يسمى بالقواعد العامة للقضاء يتجاهل طبيعة التحكيم([2]) .

ثانياً: إنتقادات النظرية :

لم ينكر أنصار هذه النظرية الطبيعة المركبة لنظام التحكيم بوصفه قضاء إرادياً، أو عملاً قضائياً يستمد أساسه من اتفاق الأطراف، ومن ثم يجمع بين الطابع الإرادي والقضائي بين جنباته، غير أنهم يرون أن النظرية العقدية تعجز عن تفسير تطور التحكيم وانطوائه تحت لواء القضاء، وفي الوقت ذاته لا تؤدي هذه التطورات إلى فقدان التحكيم لذاتيته المستقلة واندماجه في القضاء، وذلك لإختلاف التحكيم في بنيانه ونظامه القانوني عن

---

(١) راجع: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،٤١ص. وراجع ايضا: د/محمد الجوهري: في رسالته على أن التحكيم ظاهرة مستقلة تحقق متطلبات المجتمع وتطوراته، وراجع:

Mohamed Elgohary, La arbitrage et les contracts commerciaux internationaux, 1982, P. 253.

(٢) راجع تفصيلاً: وجدي راغب: تأصيل الجانب الاجرائي، مرجع سابق، ص ١٥٠، ١٥٤.

القضاء، وترجع أسباب انتقاد هذه النظرية إلى أنها لم تــأت بجديــد، ولــم تتضمن تأصيلاً قانونياً أو تفسيراً للسلطات الواسعة التي يتمتع بها المحكم.

كما أن الرأي القائل بعدم جواز أعمال القواعد العامة للقضاء علــى خصومة التحكيم[1] ، قد استند إلى وجود فراغ تشريعي دفع بالفقه والقضاء إلى الاسترشاد بقواعد المرافعات، أما بعد صدور قانون التحكيم المــصري الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فإن الطابع القضائي لتنظيم إجراءات خصومة التحكيم أصبح أصيلاً وليس مأخوذاً بالقياس، وهذا الوضع هو الــسائد فــي غالبية التشريعات الحديثة ومنها القانون الكــويتي والــسعودي والاردنــي والفلسطيني والفرنسي والسويسري والإيطالي.

ثالثاً: تقيم النظرية:

من جانبنا نرى أن هذه النظرية[2] ، تتفق مــع الطبيعــه الخاصــة للتحكيم، ومع الإعتبارات العلمية التي تفرض مظاهر عديده للتحكــيم علــى المستوى الدولي وعلى المستوى الاقليمي وعلى المستوى المحلي وتستجيب هذه النظرية لمتطلبات عولمة الاقتصاد والتجــاره والتطــور التكنولــوجي والنووي وعولمة المعارف عن طريق الانترنت.

---

(١) راجع: وجدي راغب: تأصيل الجانب الاجرائي، مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

(٢) **من مؤيدي هذه النظرية**: سيادة الدكتور سيد احمد محمود: مفهــوم الحكــيم وفقــا لقــانون المرافعات، مرجع سابق، ص٥٥.

الخلاصة:

نخلص مما تقدم، إلى أن المحكم يتمتع بوضع قانوني متميز يملك بمقتضاه سلطة حسم النزاع بين أطراف اختاروه كقاض، ملاحظة أن تقرير الطبيعة القضائية للتحكيم لا تعني إندماجه في القضاء أو فقده لذاتيته الخاصة في مواجهته، فالتحكيم ليس هو القضاء وإنما هو جزء من النظام القضائي يسير موازياً لقضاء الدولة، ومعاوناً له في حسم المنازعات، طالباً مساعدته فيما يعجز عنه خاضعاً لرقابته وفقاً لنظام محدد، ومغاير في طبيعته وآثاره عن وسائل التسوية الأخرى(1).

كذلك يمكننا القول بان المحكم يشغل مركزا قانونيا متميزاً، ويتمتع بسلطة قضائية تخوله حسم النزاع ليقترب من المركز القانوني للقاضي، والبرهان على ذلك:

1. تستخدم معظم التشريعات التحكيم الحديثة مصطلح حكم التحكيم، لنعت القرار الصادر عن المحكم، ووصف الحكم لا يكون الا للعمل القضائي(2).
2. ان طبيعة مهمة المحكم تشابة مع مهمة القاضي، فهو يصدر حكما

---

(1) وعلى نحو ما ذهب أنصار فكرة استقلالية التحكيم من أن التشابه بين التحكيم و القضاء لا يعني التماثل بينهما، ولأن التشابه بينهما لا ينفي اختلافهما، ويرى التشابه بينهما من خلال الحديث عن مجموعات أو أسر قانونية تجمعها قواعد مشتركة، راجع: د/ جدي راغب: التأصيل الاجرائي: مرجع سابق، ص ١٤٧، غير أنه يرىفي صفحة ١٤٩، أن مراكز ومؤسسات التحكيم تروج للنظرية القضائية لاستعارة هيبة القضاء ومكانته وسمعته ونفوذه، وأن نظمها تحتوي على بعض الضمانات القضائية بغرض جذب المتقاضين وإقناعهم أنها تقدم ذات الخدمة التي تقدمها المحاكم، وأنهم بذلك ينافسون القضاء على أرضة!

(2) راجع : أحمد قسمت الجداوى وأبو العلا النمر: المحكم وكيفية إعداده ، مرجع سابق، ص١٤ وما بعدها .

حقيقيا في المنازعه يحوز حجية الامر المقضي به وهو يستند في عمله الى اتفاق الخصوم وارادة المشرع التي تعترف به وتجعل حكمه قابلا للطعن فيه امام القضاء[1] .

٣. ان التشريعات الحديثه تحيط اختيار المحكم بضمانات معينه، ولم تترك للاطراف الحرية المطلقه في اختياره، وانما فرضت بعض الشروط التي توجب توافرها لصحة اختيار المحكم، مثل: مثل الشروط الخاصه بالاهلية او بالاستقلال والحياد.

٤. ان جميع قوانين التحكيم الحديثة توجب شروطا موضوعية وشكلية في حكم المحكم، تتماثل مع تلك الواجب توافرها في الحكم القضائي، وذلك لضمان احترام هذا الحكم والارتقاء به الى مصاف العمل القضائي. وعلى سبيل المثال تشترط هذه القوانين ألا يصدر حكم المحكمين إلا بعد مداولة، وان يكون مكتوبا وموقعا عليه من المحكمين او أغلبيتهم، وان يشتمل على بيانات معينه هي في معظمها بيانات الحكم القضائي، وتشمل هذه البيانات ايضا ملخصا لأقوال الخصوم، وادعاءاتهم، ومستنداتهم، وأسباب الحكم ومكان وتاريخ صدوره[2] .

٥. إن المحكم يعد في حكم الموظف العام ازاء جريمة الرشوة عملا بالمادتين ١٧٠ و ١٧١ من قانون العقوبات الاردني[3] .

---

(١) راجع: عبد الرحمن: دور المحكم ، مرجع سابق، ص٤١ وما بعدها .

(٢) راجع: أحمد قسمت الجداوى وأبو العلا النمر: المحكم وكيفية إعداده، مرجع سابق، ص١٦ وما بعدها.

(٣) نشير هنا الى أن قانون العقوبات الأردني ما زال مطبق في فلسطين. ولكن يوجد مشروع قانون عقوبات فلسطيني عالج هذه الحاله في الماده ١٠٧ وما بعدها. كذلك راجع الماده ١٠٣وما بعدها والماده ١٠٩ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٧.

وفي ضوء ما سبق من ادله، نميل مع جانب من الفقه([1]) إلـــى تـــرجيح الطابع القضائي للتحكيم ولمهمة المحكم واعتباره بمنزله قاض خاص يستمد سلطته من اتفاق الاطراف ومن القانون. ولفظ (قاض) تعني غلبة وسيطرة العناصر القضائية على قضاء الحكيم، هذا من جانب، ومن جانـــب اخـــرى يعني ان للحكم الصادر من المحكم له معظم خصائص الاحكـــام القـــضائية، ولفظ (خاص) تعني ان المحكم لا يعد موظف عاما ولا يباشر وظيفة القضاء العام، يستمد سلطته القضائية من اتفاق الاطراف وارادة المشرع التي تعترف به، وهو خاص، لانه لا يملك سلطات القسر والجبر التي يملكها قاضي الدوله عند فصلة بالنزاع.

واخيرا، واستناداً إلى هذه الطبيعة القضائية، تتحدد ذاتيـــة مهمـــة المحكـــم وتتميز عن غيرها من المهام التي قد تتشابه معها، كما ترتب هذه الطبيعـــة القضائية أثراً هاماً يتمثل في ثبوت سلطة المحكم في التصدى للفـــصل فـــي اختصاصه.

---

(١) راجع: أحمد قسمت الجداوى وأبو العلا النمر، المحكم وكيفية اعداده، مرجع ســـابق، ص٤٠ وما بعدها. راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكـــيم، مرجـــع ســـابق، ص١٥٤ وما بعدها. وراجع: د/ أحمد إحسان الغندو: تحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٩٨، ص١٥٥.

الفصل الثالث

نطاق مسئولية المحكم

سبق أن رأينا أن وظيفة المحكم هي وظيفة قضائية من طبيعة خاصة، وهذه الطبيعة تؤثر بلا شك في تحديد نطاق مسئوليته، وبمعنى أدق في نطاق الإلتزامات التي تقع على عاتقه والتي يترتب على مخالفتها مسئوليته المدنية. ومن ثم يقع على عاتق المحكم التزامات تفرضها الطبيعة القضائية لوظيفته، والتزامات يفرضها العقد اي الاتفاق القائم بينه وبين الخصوم، فما الالتزامات او الواجبات التي يتعين على المحكم الالتزام بها بمقتضى القانون؟ وما الجزاء المترتب على عدم مراعاتها؟ وما هي الالتزامات العقدية التي يوجبها عقد التحكيم او الاتفاق؟ وما هو الاثر الناجم عن مخالفتها او عدم الالتزام بها؟

للإجابه عن هذه التساؤلات، سنقوم بتتبع الحالات التي يمكن مساءلة فيها المحكم تحديدا لنطاق مسئوليته من خلال **مبحثين**: نعالج في المبحث الاول، حالات مسئولية المحكم لاسباب تتعلق بالإخلال بالتزام قضائي او قانوني. اما في المبحث الثاني، سنعالج حالات مسئولية المحكم لاسباب تتعلق بالإخلال بالتزام تعاقدي او اتفاقي، **وذلك على النحو الأتي:**

المبحث الأول

حالات مسئولية المحكم لأسباب ترجع الى الإخلال بالتزام قضائي أو قانوني

يقع على عاتق المحكم طائفة أخرى من الالتزامات تفرضها طبيعة الوظيفة القضائية التي يؤديها **وتتمثل هذه الالتزامات في: التـزام المحكم** بالحياد والاستقلال والموضوعيهن والتزام المحكم بالسير في التحكيم بالعدل والإنصاف، والتزام المحكم بإحترام حق الدفاع والمواجهة والمساواة بين الاطراف، والتزام المحكم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه، بالإضافه الى التزام المحكم بتسبيب الحكم الصادر عنه، وتثير مخالفة كل التزام من هذه الالتزامات مسئولية المحكم على النحو الذي نراه **تفصيلاً على النحو التالي:**

أولاً: إلتزام المحكم بالحياد والإستقلال والموضوعية:

أوجب القانون على المحكم عند إعلانه قبول القيام بمهمة التحكيم ان يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله وحياده، حيث تنص الفقره الأولى من الماده (١٢) من قانون التحكيم الفلسطيني على انه: " يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيدته([1]) وتنص المادة السابعة من نظام التحكيم لغرفة التجارة

---

(١) **يقابلها** المادة (ج١٥) من قانون التحكيم الاردني والمادة (١٦/٣) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٢٢) من قانون التحكيم التونسي والمادة (١٤٥٢) من قانون المرافعات الفرنسي.

الدولية (ICC) المعدل والساري المفعول اعتباراً من ١٩٩٨/١/١ على أنه: "يجب على المحكم المرشح قبل تعيينه أو تثبيته أن يوقع تصريحاً باستقلاله ويعلم الأمانة كتابة بكل الوقائع أو الظروف التي قد يكون طبيعتها التأثير في استقلاله في نظر الأطراف، وتبلغ الأمانة هذه المعلومات كتابة إلى الأطراف بالوقائع والظروف التي هي من هذا القبيل والتي قد تطرأ خلال التحكيم".

ويلزم نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) لسنة ١٩٩٨ المحكم أن يقدم إلى الكاتب ملخصاً عن مواقعه المهنية الحالية والماضية، ويوقع على تصريح يؤكد فيه على أنه ليست هناك أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً مسوغة حول حياده واستقلاله، غير تلك التي أعلن عنها في التصريح، وأنه سيعلم فوراً محكمة لندن، وأعضاء المحكمة التحكيمية والأطراف بأية ظروف تكوين مماثلة إذا ما استجدت تلك الظروف بعد هذا التاريخ وقبل انتهاء الإجراءات التحكيمية.

كما تنص المادة السابعة من نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم (AAA) بعد تعديله ودخوله حيز التنفيذ في ١٩٩٢/٥/١ على أنه "... يجب على كل محكم معين بموجب هذا النظام أن يكون حيادياً ومستقلاً وقبل قبول تعيينه يعلم المحكم الهيئة الأمريكية للتحكيم بكل ظرف من شأنه أن يثير

= راجع أيضاً: المادة (١٢/١) من القانون النموذجي للتحكيم الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والتي تنص على أنه: "على الشخص حين يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيدته واستقلاله، وعلى المحكم منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظرف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطها علما بها".

شكوكاً جدية حول حياده واستقلاله ويقوم المحكم بعد تعيينه بإعلام الأطراف والهيئة الأمريكية للتحكيم بأي معلومات إضافية من الطبيعة نفسها..".

ويستفاد من مجمل هذه النصوص، أن القانون الوطني وقواعد التحكيم الدولية تفرض التزاماً مباشراً على كاهل المحكم، مقتضاه أن يكشف عند قبوله القيام بالمهمة التحكيمية عن أية ظروف يكون من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله، كما يلزم المحكم أن يحيط الأطراف بأي ظرف يطرأ بعد تعيينه ويكون من شأنه التأثير على حياده واستقلاله، لأن حياد المحكم يجب أن يتجلى منذ قبوله المهمة المنوطة به إلى حين إصدار حكمه([1]) .

ولكن قد لا يبدو الأمر كذلك دائماً فقد يتعمد المحكم إخفاء ظروف ووقائع تمس استقلاله وحياده، وعدم إفصاح المحكم عن تلك الظروف والوقائع مثل العلاقات أو المصالح التي تربط المحكم بأحد الأطراف يعد سبباً لرده([2]) ، إذا تم اكتشاف هذا السبب قبل صدور الحكم، أما إذا تم اكتشاف هذا

---

(١) راجع: د/ وائل طبارة: حياد المحكم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثالث، ١٩٩٦، ص٣٠.

(٢) تنص الماده ١٣ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه " - لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيدته أو استقلاله، ولا يجوز لأي من أطراف التحكيم رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اكتشفها بعد أن تم تعيين هذا المحكم.٢- مع مراعاة ما تضمنته الفقرة (١) أعلاه لا يجوز تقديم طلب رد هيئة التحكيم أو تنحيتها بعد اختتام بينات الأطراف". حكم هذه الماده يطابق حكم المادة ١٧ من قانون التحكيم الأردني، وحكم المادة ١٨ من قانون التحكيم المصري وحكم المادة ٢٤أ من قانون التحكيم الإنجليزي .

السبب بعد صدور الحكم فيكون سبباً لطلب إبطاله[1] . ولنفترض أن المحكم تعمد إخفاء العلاقات أو المصالح التي تربطه بأحد الأطراف ومضى في إجراءات التحكيم وفصل في الدعوى وتم الطعن في الحكم على أساس تعمد المحكم إخفاء تلك العلاقات أو المصالح التي تربطه بالطرف الآخر، وتم إبطال الحكم، فإن إبطال الحكم يترتب عليه عودة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الفصل في الدعوى، وضياع نفقات التحكيم والمصاريف التي تحملها الأطراف هدراً.

فلو قام المحكم بالتزامه تجاه الخصوم بالكشف عن تلك الظروف والوقائع فكان للخصوم بعد ذلك حرية تقرير فيما إذا كان المحكم في نظرهم مستقلاً عن عدمه. فإذا لم يعترض أحد الخصوم على الظروف التي تم الإفصاح عنها، عين المحكم تعييناً نهائياً، وأن أعترض أحد الخصوم أو كلاهما على تلك الظروف، فيصار إلى تعيين محكم بدلاً عنه، ومن ثم تنتقل العملية التحكيمية لمحكم آخر مستقل ومحايد، ودون الحاجة لمثل هذه التبعات غير المرغوبة.

وفي هذا المجال يثار التساؤل حول الجزاء المترتب على إخلال المحكم بالتزامه عن الكشف عن هذه الظروف؟ فالمحكم يقوم بتقديم خدمة إلى الخصوم تنطوي على فض النزاع أو الفضل في الدعوى، والخصوم يقومون بأداء الأتعاب للمحكم، فإذا أبطل الحكم لسبب يرجع إليه، فإنه لا يستحق الأتعاب على أساس أنه لم يقم بتنفيذ التزامه المتمثل بإصدار الحكم وأن الحكم

---

(١) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم ، المرجع السابق، ص٤٢١.

قد أبطل لسبب يرجع إليه([1]).

ثانياً: إلتزام المحكم بالسير في التحكيم بالعدل والإنصاف:

منذ أن أهتدى الفكر البشري إلى التحكيم افترض في المحكم النزاهة والعدالة. وافتقاد النزاهة والعدالة يثير مسئولية المحكم([2]) . ويعد متعارضاً مع نزاهة وعدالة المحكم استغلاله لعدم خبرة أحد المتقاضين أو محاميه من خلال حرمانه من الإطلاع على المستند المقدم من الخصم الآخر أو البحث في أمر في حضور أحد الخصوم وغياب الخصم الآخر([3]) .

ومما يتعارض مع نزاهة وعدالة المحكم أيضاً، ارتكابه غشاً بحق أحد الخصوم ويقصد بالغش انحراف المحكم في عمله بسوء نية بقصد الإضرار بأحد الخصوم أو لتحقيق مصلحة خاصة له أو لأحد الخصوم. ويفترض في الغش أن يكون الخطأ الواقع في الحكم مقصوداً أو ناشئاً عن سوء النية، مما يجعل سوء النية لازماً لتوافر الغش، فإذا انتفى هذا القصد فلا نكون أمام حالة من حالات الغش([4]) . والقاعدة أن "الغش يبطل التصرفات"

---

(١) **Christian Hausmainger**, Civil Liability of Arbitraoutrs: Comparative Analysis and proposals for reform? (4) jounal of Arbitration, December 1990. p. 29.

وراجع ايضا: د/أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، العدد الثاني، ١٩٩٤، ص٢٣٧.

(٢) **Hong Lin YU**, "Five Years on: A Review of English Arbitration Act 1996", Journal of international Arbitration 19 (3) 2002. at p. 214.

(٣) راجع: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٤٥

(٤) راجع: د/أحمد هندي: أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٥٧. راجع ايضا: د/ رزق الأنطاكي: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، بدون سنة نشر، ص١٠٦.

وهي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القـــانون، وتقـــوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات([1]) . وصور الغــش متعــددة ولا يكن حصرها، فهو يقوم في كل حالة ينحرف فيها المحكم عن والوقـــائع أو الأقوال التي أسس عليها حكمه أو قراره قاصداً الإضرار بأحد المتقاضين، أو محاباته، كما إذا حرف المحكم عن قصد ما أدلى به أحد الخصوم أو شـــاهد من أقوال، أو كما لو وصف مستنداً في القضية التحكيمية بغير مـــا أشـــتمل عليه، حتى يخدع باقي أعضاء الهيئة التحكيمية([2]) . ويعد غشاً قيام المحكـــم بتصرف يضر بأحد الخصوم متأثراً برشوة من الخصم الآخر([3]) .

---

(١) راجع: حكم محكمة النقض المصرية رقم ٩ لسنة ٥٥ قضائية في ١٩٨٨/٢/٢٣. أشار اليه: د/ سعيد شعلة: قضاء المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج٢، ١٩٩٧، ص ٣٦٣.

(٢) وهو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف المختلطة في حكها الـصدر فـــي ١١ يوليـــو ١٩٤٩ بخصوص مخاصمة القضاة وقد جاء فيه الغش يقوم إذا ما غير القاضـــي قـــصدافي وقـــائع الدعوى أو عمد إلى ما يفهم منه التغرير بالمحكمة): مجلة التشريع والقضاء المخـــتلط ســـنة ٦١، ص ١٦٢.

(٣) وهذا ما نصت عليه الماده ٧\١٤٣ من قانون التحكيم الفلسطيني حيث جاء فيها بأنه" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً علـــى أحـــد الأسباب الآتية: – إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تـــم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع". نلاحظ هنا بأن المـــشرع الاردنـــي والمـــشرع المصري لم يعالج كل منهما هذه الحاله الوارد ذكرها في الماده ٧\١٤٣ من قـــانون التحكـــيم الفلسطيني واعتقد انه يوجد قصور تشريعي في ذلك انتبه لـــه المـــشرع الفلـــسطيني وقـــام بمعالجته، وخير ما فعل. كما نصت المادة (٢/٣٤) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة في ١٤ أبريل ١٩٨٧ على أنـــه: "يجوز لأي من الطرفين بناء على طلب كتابي يوجه إلى رئيس المركز طلب إبطال القرار إذا توافر سبب من الأسباب التالية:... وقوع تاثير غير مشروع على أحد المحكمين كان له أثر –

ولا شك أن إخلال المحكم بهذا الالتزام يثير مسئوليته، وقد يقع المحكم تحت طائلة المسئولية الجنائية في حالات الرشوة والاحتيال([1]) .

ثالثاً: إلتزام المحكم بإحترام حق الدفاع والمواجهة والمساواة بين الأطراف:

من المبادئ الجوهرية في التقاضي وجوب حصول الاجراءات في مواجهة الخصوم، إذ يتعين على كل خصم اطلاع خصمه بكافة الإجراءات وعناصر الخصومة الواقعية والقانونية التي يرتكن عليها، ومبدأ المواجهة لا يحقق فاعلية اذا لم يقترن بحرية الدفاع، إذ أن مبدأ مواجهة التقاضي وحرية الدفاع وجهان لعملة واحده، بحيث لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه او على الاقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه اليه من طلبات، كما لا تقبل مذكره او اي ورقه من خصم الا بعد إطلاع خصمه عليها او على الاقل تمكينه من الاطلاع. أيضا من المبادئ الاساسية في التقاضي، والتي يتعين على المحكم القيام بها ومراعاتها وعدم الاخلال بها قيام المحكم بمعاملة طرفي التحكيم على قدم من المساواة وتهيئة فرصة متكافئة وكاملة لهما لعرض دعواهم([2]) .

= في القرار" كما تنص المادة (٥٢) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أنه: "يجوز لأي من الطرفين إبطال الحكم بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام ويبني على واحد أو أكثر من الأسس التالية:... أن تأثير غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة".

(١) راجع: هدى عبد الرحمن، دور المحكم، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٢) راجع: سحر عبد الستار امام يوسف:المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص١١٢. وراجع: احمد ابو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١٥، ١٩٩٠، ص٥٩. وراجع ايضا: وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني، دار الثقافه الجامعيه، القاهره، ١٩٩٩، ص٣٩٠. وراجع: د/ احمد مسلم: اصول المرافعات، دار الفكر العربي، =

وبالتالي إذا كان من المزايا التي يحققها نظام التحكيم تجنب القضاء العادي وإجراءاته، فإن ذلك يجب ألا يكون على حساب الضمانات الأساسية في التقاضي، والتي هي ضمانات للعدالة، سواء كانت هذه العدالة هي عدالة الدولة أو عدالة خاصة، أنشأها الأطراف[1] ، ولا بد أن يقوم نظام التحكيم على توفير الضمانات الأساسية للتقاضي كحق الدفاع المتمثل بأن تتاح لكل خصم فرصة متكافئة لعرض دعواه وطلباته وتقديم مستنداته والإطلاع والرد على دفاع ومستندات خصمه، ومعاملة الطرفين على قدم المساواة سواء فيما يتعلق بتوكيل المحامين أو الحضور أمامه أو الاتصالات التي يجريها معها[2] ، ولذلك يعد المحكم مخلاً بمبدأ المساواة إذ أذن لأحد الخصوم بتوكيل محام ومنع الآخر من ممارسة هذا الحق أو إذا سمح لأحدهما بالحضور أمامه في غيبة الآخر[3] .

= القاهره، ١٩٦٩، ص٣٧٣. وراجع: د/ عباس العبودي: شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص٤٧. وراجع: د/ احمد السيد صاوى:الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهره، ج١، ٢٠٠٦، ص٤٣. وراجع:عثمان التكروري:الوجيز في شرح قانون اصول المحاكمات المدنة والتجارية، مرجع سابق، ص٢٤.

(١) راجع: عبد الحميد الأحدب: التحكيم بالصلح، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٢) راجع: أحمد قسمت الجداوى وأبو العلا النمر: المحكم وكيفية إعداده، مرجع سابق، ص٥٧. وراجع أيضاً: محمد أبو العينين: المبادئ التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والأفريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ١٩٩٩، ص١١ وما بعدها. وراجع ايضا: محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٢٤٤ وما بعدها. وراجع ايضا: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص٢٦١ وما بعدها. وراجع ايضا: أمال أحمد الغزيزي، دور قضاء الدوله، مرجع سابق، ص٢٠٤.

(٣) راجع: محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

وقد حرصت غالبية التشريعات على تكريس هذا المبدأ (1) .ولم يخرج المشرع الفلسطيني عنه عندما تنص المادة ٢٧ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه: "تستمع هيئة التحكيم إلى بينات الأطراف وتدون وقائع كل جلسة في محضر توقعه حسب الأصول،وتسلم نسخة منه إلى كل طرف بناء على طلبه". كما تنص الماده ٢٤ منه على انه:" تحدد هيئة التحكيم موعداً لحضور الأطراف وتبلغهم بذلك قبل التاريخ المحدد بوقت كاف، وتستمع للأطراف، ويجوز لها الإكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق إذا اتفق الأطراف على ذلك". وبالرجوع أيضاً الى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنه ٢٠٠٥ نجد أن الماده التاسعه منه كرست وعالجت مبدأ المساواه امام القضاء والقانون بإعتباره من مبادئ التقاضي الجوهرية والاساسية، حيث تنص على انه:" الفلسطينيون امام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس او اللون أو الدين أو الرأي السياسي او الاعاقة".

---

(1) بالرجوع الى قانون التحكيم الاردني والمصري نجد ان كلاً القانونين نصا على هذا المبدأ وبشكل صريح، بعكس المشرع الفلسطيني الذي لم يشر بشكل صريح الى هذا المبدأ في قانون التحكيم، لكنه اكتفى فقط الى الأشاره بنصوص متفرقه الى معاملة الأطراف على قدر من المساواه في سماع البينات وتقديم المستندات. وحبذا لو سار المشرع الفلسطيني على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الاردني والمصري. حيث نصت المادة (٢٥) من قانون التحكيم الأردني على أنه: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه". وحكم هذه المادة يطابق حكم الماده (٢٦) من قانون التحكيم المصري، وحكم المادة (١٣) من قانون التحكيم التونسي، وحكم المادة (١/١٤) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي، وحكم المادة (١/١٦) من نظام تحكيم المؤسسة الأمريكية للتحكيم، وحكم المادة (٢٦) من قانون التحكيم لسلطنة عمان، وحكم المادة (٣٣/١) من قانون التحكيم الإنجليزي حيث نصت على أنه: "يجب على المحكمة التحكيمية أن تكون عادلة ومحايدة تجاه الأطراف، وأن تعطي لكل منهما الإمكانية المشروعة لتقديم حججها وأن تمكن كل طرف من الرد على الحجج المثارة من قبل خصمه".

والمحكم يلتزم بإحترام هذه الضمانات أياً كان نوع التحكيم، أي سواء كان المحكم مفوضاً بالصلح أم غير مفوض به، وسواء أتفق الأطراف على التزامه بمراعاة هذه الضمانات أم لم يتفقوا، وذلك على اعتبار أن هذه الضمانات تعد من المسائل الملازمة لفكرة العدالة ذاتها[1] .

وتفريعاً على ما تقدم، يلتزم المحكم بمراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي، والتي على رأسها حماية حقوق الأطراف في شرح موضوع نزاعهم بالتساوي وحماية حقوق الدفاع وتقسيم وقت التحكيم بصورة مقبولة وكافية بين الطرفين مع الأخذ بعين الاعتبار مدة التحكيم، وتعد مخالفة تلك المبادئ سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم ورفض تنفيذه[2] ، وتثار

---

(١) راجع: عبد الحميد: التحكيم بالصلح، مرجع سابق، ص٧٧. وراجع: محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٤٤. وراجع ايضا: عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ٢٦٢. وراجع أيضاً: محمود السيد التحيوتي: التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٥٠.

(٢) من حالات البطلان المنصوص عليها في المادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم الفلسطيني انه:" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية ...٣-مخالفته للنظام العام في فلسطين". وبالتالي نرى ان اهدار او الاخلال بالضمانات الاساسية للتقاضي يعد مخالفة للنظام العام ، وبالتالي لا يجوز للمحكمة ان تنفيذ قرار تحكيمي مخالف للنظام العام في فلسطين، بل واجب على المحكمه رفضه، وهذا ما اشارت اليه الماده ٤٨ من قانون التحكيم الفلسطيني. ولكن ما يمكننا قوله هنا بأن المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم لم يسير على نهج وهدى المشرع الاردني والمصري بالنص صراحه على حالة البطلان إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو لسبب اخر خارج عن ارادته ومن ذلك الاخلال بالضمانات الاساسية للتقاضي. وحبذا لو نهج المشرع الفلسطيني بشكل صريح على-

مسئولية المحكم في كل حالة يثبت فيها بطلان حكم التحكيم استناداً إلى خطأ المحكم أو إهماله في مخالفة المبادئ الأساسية للتقاضي.

رابعاً: إلتزام المحكم بالفصل في الدفوع المتعلقة بالإختصاص:

يتفق المحكم مع القاضي في أن كلاً منهما يختص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه. وقد أصبح هذا المبدأ من المبادئ المعترف بها عالمياً والأكثر شيوعاً في التطبيق(١) . وقد أعترفت أحكام قانون التحكيم الفلسطيني للمحكم بسلطة الفصل في اختصاصه عندما قررت المادة ١٦ صراحة أن

- نهج المشرع المصري والاردني، حيث نصت الماده ٤٩أ من قانون التحكيم الأردني على أنه: "يجوز رفع دعوى البطلان إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم او لسبب ما خارج عن ارادته". ونضيف الى أن الماده (٤٩/ب) من القانون الأردني تقضي بأن المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام، يحث يعد حق الدفاع للأطراف من النظام العام. حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ١/٥٢/ج و٢/٥٢ من قانون التحكيم المصري. كذلك اكتفى المشرع الفلسطيني بالنص بالماده ٤٨ من قانون التحكيم على ان المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان تقضي من تلقاء نفسها برفض تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي إذا تضمن ما يخالف النظام العام في فلسطين ولم تشر هذه الماده الى رفض تنفيذ حكم الوطني، وان كان عالج المشرع ذلك في نصوص اخرى كالماده ٤ من هذا القانون ضمن الأستثناءات على التحكيم، حيث نصت هذه الماده على انه" لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية:١- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين".
- وراجع أيضاً: أحمد شرف الدين: سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، النسر الذهبي للطباعة ، عابدين، ط٢ ، ١٩٩٧، ص ٩٦.

(١) راجع: أحمد قسمت وأبو العلا، المحكم وكيفية اعداده، مرجع سابق، ص ٥٥. نلاحظ لن حكم الماده ١١١٦ من قانون التحكيم الفلسطيني يطابق حكم المادة (٢٢) من قانون التحكيم الاردني وحكم المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري، وحكم المادة (١٤٦٦) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وحكم المادة (٢٣) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي.

للمحكم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه.حيث تنص على انه:" تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية:" ١- المسائل المتعلقة بالإختصاص.٢- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم.٣- الطلبات المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها.٤- الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها".

ويرى جانب من الفقه([١]) بحق أن منح المحكم سلطة التصدي لبحث مسألة اختصاصه بنظر النزاع هو أثر للطبيعة القضائية لمهمته، فطالما أن المحكم قاض فإنه يملك سلطة التحقق من حدود اختصاصه ويكون مختصاً ببحث كافة الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه. ولا يقصد بسلطة المحكم في الفصل في اختصاصه سلطته فقط في التصدي للدفوع التي تثار بشأن اختصاصه، وإنما تقع على عاتقه مهمة تقرير اختصاصه كمسألة أولية لازمة قبل الفصل في النزاع، حتى لو لم ينازعه الخصوم فيها([٢]) . إذ ينبغي على المحكم التحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته بوصفه مناطاً لاختصاصه، ولذا تثار مسئولية المحكم في كل حالة يثبت فيها بطلان حكم التحكيم استناداً إلى إنعدام اتفاق التحكيم، كحالة إتفاق الأطراف على جواز اللجوء إلى القضاء في حالة عدم قبول أحدهما لحكم التحكيم أو عدم صحته، أو كحالة نقص أهلية أحد الأطراف أو كليهما أو عدم قابلية النزاع للتحكيم فيه([٣]) . إذ ينبغي على المحكم عدم تجاهل هذا الانعدام أو البطلان وتقريره من تلقاء

---

(١) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص ٦٤. وراجع: ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص٣٣٢.

(٢) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص٦٧. وراجع: أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص٢٢٩.

(٣) راجع: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

نفسه، والحكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع توفيراً لمشقة الإستمرار في إجراءات طويلة ومكلفة سيحكم على نتيجتها بالبطلان([1]) .

خامساً: إلتزام المحكم بتسبيب الحكم الصادر عنه:

من المسلم به أن مبدأ وجوب تسبيب الأحكام قاعدة أساسية بالنسبة لصحة الأحكام القضائية في كل قوانين العالم. وقد تم تكريس هذا المبدأ في المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ ([2]) .كذلك تم تكريسه في الماده الخامسه من قانون السلطه القضائية الفلسطيني حيث تنص على انه: " تصدر الاحكام وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني ويجب ان تشتمل على الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها". أما بالنسبة للأحكام التحكيمية فقد تضاربت مواقف القوانين الوطنية بشأن تطلب تسبيب الحكم. ففي حين أشترطت بعض القوانين تسبيب الحكم ورتبت على عدم التسبيب البطلان([3]) .

---

(١) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص ٤١٠.

(٢) نصت المادة ١٧٤ على أنه: "يجب أن يشتمل الحكم على اسم المحكمة التي أصدرته ورقم الدعوى وتاريخ إصدارالحكم وأسماء القضاة الذين اشتركوا في إصداره وحضروا النطق به وأسماء الخصوم بالكامل وحضورهم أو غيابهم وأن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم ومستنداتهم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري وأسباب الحكم ومنطوقه". حكم هذه الماده يطابقرحكم المادة ١٦٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والمعدل بالقانون المؤقت رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢. وحكم الماده ١٧٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٣) كالمادة (١٤٧١) من القانون الفرنسي، والمادة (١٨٣) من القانون الكويتي، والمادة (١٧) من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادة (١/٥٢٧) من قانون أصول المحاكمات السوري، والمادة (٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي، والمادة (٣٠) من قانون التحكيم التونسي.

وبالرجوع الى قانون التحكيم الفلسطيني، نجد ان المشرع الفلسطيني أخذ بهذا الإتجاه في الماده ٣٩، حيث اشارت هذه الماده الى مشتملات قرار التحكيم، فتنص على أنه:"١- يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبينات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم".

وعلى ضوء ذلك، يتضح لنا من النص أعلاه، ان قرار التحكيم يجب ان يكون مشتمل على عدة امور جوهرية ومن هذه الأمور أو المشتملات ان يكون قرار التحكيم مشتملا لأسبابه، وفي حالة عدم ذكر هذه النقاط الجوهري في قرار التحكيم والتي من بينها أسباب حكم التحكيم، فإنه يحق للأطراف التحكيم الطعن ببطلان هذا القرار، وهذا ما أكدته الفقره السادسه من الماده٤٣ من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث تنص على انه:" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية:" إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم".

بينما نجد إتجاه أخر من القوانين تشترط تسبيب الحكم ما لم يتفق الخصوم على عدم تسبيبه، أو إذا لم يكن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يشترط ذكر أسباب الحكم، وقد أخذ بهذا الإتجاه قانون التحكيم الأردني والمصري([1]) .

---

(١) نصت المادة (٤١/ب) من قانون التحكيم الأردني على انه" يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم" . حكم هذه الماده يطابق حكم المادة (٢/٤٣) من قانون-

أما قانون التحكيم الإنجليزي الجديد لسنة ١٩٩٦ فقد تبنى نص المادة ٢/٣١ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وذلك في المادة ٥٢/٤ منه والتي توجب أن يتضمن حكم التحكيم أسبابه، ما لم يكن الحكم قد صدر بشروط متفق عليها من الأطراف أو إذا اتفق الأطراف على التنازل عن التسبيب.

إذن ما يمكننا ملاحظته، هو ان الحاله التي يجوز فيها أن يخلو حكم التحكيم من الأسباب وهي حالة إتفاق الأطراف على ذلك، هي حالة متفق عليها بين القانون الأردني والمصري والإنجليزي والتي أخذتها جميعاً عن نص المادة ٢/٣١ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

= التحكيم المصري. ما يمكننا قوله هنا، هو أن المشرع الأردني والمصري اشاروا الى وجوب تسبيب حكم التحكيم، إلا اذا اتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك او القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم على عدم التسبيب، فإنه في الحالتين الاخيرتين لا يشترط التسبيب. **وبالرجوع** الى قانون التحكيم الفلسطيني، نجد انه أشار الى وجوب تسبيب حكم التحكيم في الماده ٣٩، واشار ايضا الى الجزاء المترتب على عدم التسبيب بشكل غير مباشر في الماده ٤٣ من القانون نفسه. ولكن ما نريد قوله هو أن المشرع الفلسطيني غفل في الماده ٣٩ قانون التحكيم عن تنظيم مسأله جواز إتفاق أطراف الخصومه التحكيميه تسبيب حكم التحكيم من عدم تسبيبه، كذلك غفل المشرع الفلسطيني عن تنظيم مسأله اذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لم يشترط ذكر أسباب الحكم. وحبذا لو عالج المشرع الفلسطيني هذه الحاله كما فعل المشرع المصري والأردني، وعدم تركها بدون معالجه، حتى لو خالف كلا المشرعين بالنص على انه لا يجوز الاتفاق بجميع الحالات على عدم تسبيب حكم التحكيم. ونحن نرى انه لا بد من تسبيب حكم التحكيم، وعدم السماح لأطراف خصومه التحكيم بالإتفاق على عدم تسبيب حكم التحكيم من قبل المحكم، حتى نتأكد من أن المحكم قد أطلع على كل وقائع القضيه وجميع المستندات، والتحقق ايضا من أن المحكم قد أستخلص الوقائع الصحيحه في الخصومه التحكيمية من واقع اثبات يجيزه المشرع، ومن واقع الاوراق المقدمه فيها، ولأدله بحسب قوتها، كذلك من أجل التحقق من أن المحكم قد فهم ما أحاط خصومه التحكيم من مسائل قانونية.

وفي تقديرنا أن هذا الاتجاه وأن جاء متمشياً مع مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع الطبيعة القضائية لحكم التحكيم، كما يتعارض مع حجية الحكم. فالذي يسوغ فرض إرادة المحكم على الخصوم، ومنح قـراره قـوة الأمـر المقضي به كما يرى البعض بحق[1] هو تحقيق وقائع النزاع تحقيقاً كافيـاً ومنطقياً، وهو ما يجمله في أسباب حكمه بما يضمن عدالته. ولا يكفي فـي ذلك الارتكان إلى مجرد الثقة في المحكم، ما لم تعكس أسباب الحكم هذه الثقة وتؤكدها، فالتسبيب هو الذي يناقش الأقوال والمستندات ويبين ركائز قناعـة المحكم[2] .

كذلك نشير هنا الى أن هذا الإلتزام يطبق على التحكيم بالقانون كما يطبق على التحكيم بالصلح[3] ، فالنص على الالتزام بالتسبيب جاء عاما على نحو لا يجوز تقييده[4] . وتثبت مسئولية المحكم عند تجاهل هذا الالتزام[5] .

---

(١) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سـابق، ص ١٧٦. وراجـع:عبـد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص٣١٦.

(٢) راجع: د/عبد الوهاب الباهي: تسبيب أو تعليل القرارات التحكيمية من خلال بعض الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشاريع الداخلية، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، ٢٠٠٠، ص ١٣٩.

(٣) راجع:عبد الوهاب الباهي: تسبيب أو تعليل القرارات التحكيمية من خلال بعض الاتفاقيـات الدولية والإقليمية والتشاريع الداخلية، مرجع سابق، ص١٣٧ وما بعـدها. راجـع: عزمـي عبدالفتاح: قانون التحكيم، مرجع سابق، ص٢٥٥ وما بعدها.

(٤) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص١٧٨.

(٥) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص ٤١٨ وما بعدها. وراجـع:عبـد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص٢٤٧.

المبحث الثاني

حالات مسئولية المحكم لأسباب ترجع الى الإخلال بالتزام تعاقدي أو إتفاقي

تستند العديد من الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم إلى العقد أي الإتفاق المبرم بينه وبين أطراف الخصومة التحكيمية. ونذكر من أهم هـذه الالتزامات: التزام المحكم بمباشرة المهمة التحكيمية بنفسه، والتزام المحكـم بالاستمرار في عمله حتى انتهاء مهمته، والتزام المحكم بإصدار الحكم خلال الأجل المتفق عليه، والتزام المحكم بتطبيق القـانون المتفـق عليـه بـين الأطراف، بالإضافة الى إلتزام المحكم بعدم افشاء أسرار الخـصوم، ويعـد الإخلال بكل التزام من هذه الالتزامات موجباً من حيـث المبـدأ لمـسئولية المحكم التعاقدية اتجاه الخصوم. **وسنتناول كل حالة من حالات المـسئولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي على حدة، وذلك على النحو التالي:**

أولاً: إلتزام المحكم بمباشرة المهمة التحكيمية بنفسه:

بموجب عقد التحكيم المبرم بين المحكم والأطراف المحتكمين، يتولى المحكم مهمة الفصل بالنزاع([1]) ، ولا شك ان شخص المحكم محل إعتبـار الأطراف المحتكمين والتي على اساسها تم اختياره، فالثقه بين شخص المحكم هو مبعث الإتفاق عليه، ومن ثم لا يجوز للمحكم أن يفوض السلطه المخوله اليه بموجب عقد التحكيم الى الغير، فلا يملك المحكم ان يعهد الى شـخص

---

(١) نصت الماده ٨ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه:" تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطـراف من محكم أو أكثر". حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ١١١٥ من قانون التحكيم المصري. كما نصت الماده ١٢من نفس القانون على انه:" لا يجوز للمحكم بدون عذر أن يتخلى عن إجراء التحكيم بعد قبوله مهمته".

أخر بالفصل في النزاع بإسمه، فولاية المحكم من اتفاق الاطراف عليه وبالتالي من يباشر هذه السلطه دون اتفاق، فإن ما يصدر عنه من حكم يكون باطلاً ([1]).

ثانياً: إلتزام المحكم بالإستمرار في عمله حتى إنتهاء مهمته([2]):

يقتضي هذا الإلتزام في حالة قبول المحكم القيام بمهمة التحكيم الإستمرار في عمله حتى نهايته، فليس له ان يعتزل التحكيم طالما بدأت إجراءاته، ولم ينص على ذلك الإلتزام صراحه قانون التحكيم الفلسطيني والمصري والأردني ولا قانون المرافعات الكويتي، باعتبار أن طبيعة عقد التحكيم المبرم بين الاطراف المحتكمه تفرض على المحكم إصدار حكم في النزاع محل التحكيم ولا شك ان القيام بهذا الالتزام يقتضي الإستمرار في عمله حتى نهايته، وذلك بإصدار حكم في المنازعه محل التحكيم، وبالتالي يعد الإخلال بهذا الإلتزام خطأ يستوجب مسئولية المحكم([3]).

وكذلك حين يقبل المحكم مهمته، فإنه ملزم بالسير في العملية التحكيمية في طريق عادل وإصدار الحكم التحكيمي. وينبني عليه، أن إنسحابه من العملية التحكيميه، أو رفضه المساهمة الإيجابية في إجراءات التحكيم، عند تعدد المحكمين، دون مسوغ مشروع يوجب مسئوليته. ولا شك ان وجود قواعد من اجل ستبدال المحكم في حالة انسحابه او عزله في حالة

---

(١) راجع ايضا: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٢) نشير الى ان نص الماده ١٤٦٢ قانون المرافعات الفرنسي الجديد اعتبرت التزام المحكم بالإستمرار في عمله حتى انتهاء مهمته التزاماً قانوني وليس اتفاقي.

(٣) راجع ايضا : سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص١٢٩.

رفضه المساهمه في اجراءات التحكم يمثل عالجا مناسبا للتخفيف من الاضرار التي تلحق بالأطراف من جراء إنسحاب المحكم أو رفضه المساهمه في إجراءات التحكيم[1] .

لكن هذا العلاج كثيرا ما يؤتي ثماره عند انسحاب المحكم او رفضه المساهمه في اجراءات التحكيم في بداية عمليه التحكيم، ولكن يفقد فاعليته إذا حصل بعد قطع شوط كبير في اجراءات التحكيم. فالمحكم الجديد الذي يحل محل المحكم المنسحب ملزم بإعادة إجراءات التحكيم من أولها، كما ان هذا المحكم يسحتاج الى وقت ليستوعب تحكيم على المحكم الاخر يسير فيه منذ البداية، ليتفهم كل معطياته، ومن ثم يدل انسحاب المحكم قبل انتهاء عمليته التحكيم أو رفضه الإستمرار في المشاركه في إجراءات التحكيم دون أسباب معقوله، على سوء تصرفه، ويعد بالنتيجه، خرقاً لالتزام تعاقدي[2] .

---

(١) راجع: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٣٢وما بعدها. تنص الماده ١٥ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه "١- إذا انتهت مهمة المحكم بوفاته أو برده أو تنحيه أو لأي سبب آخر وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول، أو طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة (١١) من هذا القانون.٢- توقف إجراءات التحكيم لحين تعيين محكم جديد". حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ٢٠ من قانون التحكيم الاردني وحكم الماده٢١ من قانون التحكيم المصري.

(٢) راجع: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص١٣٢.

- تقضي المادة (٨١٣) من قانون الإجراءات المدنية الإيطالي بمساءلة المحكم عند إنسحابه من الإجراءات بعد قبول المهمة بدون مبرر معقول. وراجع أيضاً المادة (٢٣٤/٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني لسنة ١٩٩٢، والمادة (١٩٤/١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة ١٩٩٠، والمادة (١٧٨/٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة ١٩٨٠، والمادة (٥١٤) من قانون أصول المحاكمات السوري لسنة ١٩٥٣.

ثالثاً: إلتزام المحكم بإصدار الحكم خلال الأجل المتفق عليه:

يتعين على المحكم القيام بالمهمة الموكوله إليه، وبتنفيذ إلتزامه في إصدار الحكم التحكيمي المنهي للخصومه كلها في الميعاد او الأجل الذي اتفق عليه الطرفان، وفي حالة عدم قيام الطرفين بتحديد أجل معين يتعين أن يصدر الحكم خلال الأجل القانوني. وقد تم التعبير عن هذا الإلتزام بوضوح في معظم قوانين التحكيم الوطنية(١) ، وكذلك في بعض قواعد مؤسسات التحكيم(٢) .

ولا شك أن تحديد مهلة لإصدار الحكم التحكيمي يتفق مع أهم خصائص التحكيم، وهي السرعة في حسم النزاع، ذلك أن الخصوم ما لجئوا إلى التحكيم إلا هروباً من بطء إجراءات التقاضي وتعقيداته، وبخاصة أن الخصوم لا يملكون إزاء تراكم القضايا أمام القضاء العادي التحكم في مصير

---

(١) نصت الماده ٣٨ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه" على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق
عليه الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة اشهر".

(٢) تنص المادة (٣١) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي على أنه "وفي جميع الأحوال يصدر الحكم خلال مدة أقصاها مائة يوم من تاريخ إحالة ملف القضية إلى الهيئة ما لم يتفق الأطراف على مدة أخرى لصدور الحكم". – راجع أيضاً: المادة (٢٤) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، والمادة (٢٨) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم، والمادة السابعة من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، والمادي (٢٩) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لدى غرفة وصناعة دبي، والمادة (٢٧) من نظام المصالحة والتحكيم لدى غرفة تجارة وصناعة قطر، والمادة (٢٦) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة الكويت.

الخصومة، وحث المحكمة المختصة على سرعة الفصل في النزاع([1]) .

وقد راعى قانون التحكيم الفلسطيني رقم٣ لسنة ٢٠٠٠ هذه الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم فنص في المادة (٣٨) منه، على أنه: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة اشهر"([2]) . وبإنقضاء المهلة ينقضي التحكيم وتستعيد المحاكم القضائية اختصاصها ويضيع كل أثر للعقد التحكيمي([3]) ويعد الحكم التحكيمي الصادر بعد انقضاء الميعاد قابلاً للإبطال ([4]) ، وتقرر

---

(١) راجع: د/ أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢، ص ١٨٩.

(٢) تجدر الإشاره إلى ان إجراءات التحكيم وفقا لقانون التحكيم الفلسطيني تبدأ فور إحالة النزاع اليها وقبول المهمه، حيث نصت الماده ٢٠ على انه" تبدأ تباشر هيئة التحكيم عملها فور إحالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف".

وتجدر ملاحظة، أن إجراءات التحكيم في القانون الأردني تبدأ من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك (٢٦ تحكيم)، وفي القانون المصري، تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر (م ٢٧ تحكيم).

(٣) راجع: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٤) **أنظر**: الماده ٤٣ فقرة ٤و٥ من قانون التحكيم الفلسطيني والمادة (٤٩/ أ/ ١) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (١٤٨٤/ ٣) من قانون إجراءات المدنية الفرنسي، والمادة (٢١٦/ ٢/ أ) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي والمادة (٢٤٣/ أ) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، والمادة (٥٣) من قانون التحكيم العماني، والمادة (١٨٦/٢/أ) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة (١/٧٦٩) من قانون المرافعات المدنية -

غالبية القوانين الوطنية قابلية الميعاد للمد بقرار من هيئة التحكيم مثل المادة (٣٨/ب) من قانون التحكيم الفلسطيني([١]) ، أو بقرار مسبب من المحكمين وبالأغلبية التي يصدر بها الحكم مثل المادة (١٥) من نظام التحكيم السعودي، أو عن طريق المحكمة، مثل المادة (٣٧/ب) من قانون التحكيم الأردني، بناء على طلب الأطراف أو المحكم، والمادة (٥٠/ ٢) من قانون التحكيم الإنجليزي. وعليه يكون المحكم ملزماً بالفصل في الدعوى خلال مهلة معينة، فإذا لم يكن قد أصدر حكمه خلال تلك المهلة فإنه يعد مخلاً بالتزام تعاقدي أخذه على عاتقه، وهو إصدار حكم بموضوع النزاع خلال مهلة التحكيم([٢]) .

رابعاً: إلتزام المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف:

من الالتزامات التي تقع على عاتق المحكم أيضاً، تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف وقد تضمن قانون التحكيم الفلسطيني هذا الإلتزام بمقتضى نص المادة (١٩) منه، والتي ألزمت المحكم أن يطبق القانون المتفق

- والتجارية الليبي، والمادة (٢/٤٢) من قانون التحكيم التونسي. لم يعالج المشرع المصري في نصوصه حالة إعتبار الحكم التحكيمي الصادر بعد انقضاء الميعاد قابلاً للإبطال.

(١) تنص المادة (٣٨/ب) على أنه "وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على ألا تزيد على ستة اشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك ". ويلاحظ على هذا النص أن المشرع الفلسطيني لم يحدد عدد المرات التي يجوز فيها مد المدة فهل لهيئة التحكيم تمديد هذه المدة لمرة واحدة فقط؟ أو أن يمكن لها تمديد هذه المدة أكثر من مرة؟ ونرى أنه من المستحسن تقييد سلطة هيئة التحكيم في مد الميعاد والنص على جواز تمديد المدة لمرة واحدة فقط" حكم هذه الماده يطابق حكم الماده (٣٧/أ) من قانون التحكيم الاردني.

(٢) **Jean Rober,** op. cit.p 130, Christiain Haussmaninger, at p 31. وراجع أيضاً: د/ أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، العدد الثاني، ١٩٩٤، ص ٢٤٣. وراجع: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

عليه بين الأطراف فقد تنص المادة (١٩) على أنه: "١- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الإتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النـزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني،٢- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القـانون الواجـب التطبيـق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع.

يتضح من صياغة هذا النص أن المشرع الفلسـطيني تمـشياً مـع الإتجاهات الحديثة، حيث أعطى الأولوية لإرادة أطراف خصومة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وهذا ما تتجـه إليـه غالبية التشريعات الوطنية وقواعد المؤسسات التحكيمية[١] ، كمـا حـرص المشرع على منح المحكم سلطة احتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق لسد الفراغ الناشئ عن عدم الإتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق، بيد أن إختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق في حالة غياب إتفاق الطرفين مقيد بإختيار القانون الأكثر إتصالاً بالنزاع[٢] .

---

(١) تقابلها المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٣٦) من قانون التحكيم الاردني والمادة (١٤) من قانون التحكيم التونسي، والمادة (١٧) من نظام التحكـيم لغرفـة التجـارة الدولية، والمادة (٢٩) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم، والمادة (٢/٢٢) مـن نظـام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي.

(٢) **Hong Lin Yu**, "Five Years on: A Review of the English arbitration act 1996", 19 3 Journal of international arbitration 2002. at p. 217.

وفي جميع الأحوال، يجب على المحكم سواء عند تطبيق قانون إرادة الأطراف أو تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع في حالة غياب إتفاق الطرفين، مراعاة شروط العقد موضوع النزاع، وأن يأخذ في اعتباره أيضاً الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين(1) . ولكن عند اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق يلتزم المحكم بهذا الاختيار ولا يجوز له إستبعاده(2) ، لأنه بإستبعاده يعرض الحكم للبطلان، إذ أجازت المادة (٥\٤٣) من قانون التحكيم الفلسطيني إبطال حكم التحكيم إذا ما أستبعد المحكم القانون الذي أختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع(3) . ومن ثم يترتب على إبطال الحكم لإستبعاد المحكم القانون الذي

---

(١) راجع: المادة (٢\١٩) من قانون التحكيم الفلسطيني والمادة (٣٦/ ج) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (٣٩/٣) من قانون التحكيم المصري.

(٢) Hong lin Yu, at p. 216.

(٣) نصت الماده (٤٣/٥) على انه:" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الاسباب الأتية ..... إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه. حكم هذه الماده يطابق حكم المادة (٥٣/د) من قانون التحكيم لسلطنة عمان، وحكم المادة (٥٣/د) من قانون التحكيم المصري"، وحكم المادة (٤٩/١/أ) من قانون التحكيم الاردني. ولكن ما نريد ان نشير اليه هو أن المشرع الفلسطيني لم يسر ولو يأخذ بشكل صريح بالنص على مسألة إستبعاد المحكم للقانون المتفق عليه في التطبيق على اجراءات التحكيم، بعكس الأردني والمصري الذين عالجا هذه المسأله بشكل واضح في نصوص قانون التحكيم وبالتحيد في المواد السلف ذكرها اعلاه. فالمشرع الفلسطيني فقط أشار في نص الماده ٤٣/٥ المشار اليها أعلاه "...يجوز الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمه المختصه... لمخالفة لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية". لذا نهيب بالمشرع الفلسطيني السير على نهج المشرع الأردني والمصري بالنص بشكل صريح وبفقره مستقله على هذه الحاله، حيث نصت الماده ٤٩/أ/٤، أردني على انه :" . لا -

أختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع تحقق مسئولية المحكم لإخلاله بهذا الإلتزام وإهدار وقت وجهد الخصوم فيما لا طائل من ورائه([1]) .

خامساً: إلتزام المحكم بعدم افشاء أسرار الخصوم:

يعد هذا الإلتزام من الإلتزامات الأساسية الواقعه على عاتق المحكم، فيتعين عليه المحافظة على سرية المستندات وعدم إفشاء مضمونها للغير، والالتزام بطابع السريه لا يقتصر فقط على مرحلة خصومة التحكيم وإنما يمتد الى ما بعد صدور حكم التحكيم.

وعلى ضوء ذلك، ولكون للتحكيم آلية خاصة لفض المنازعات مزايا متعددة، منها ما يتعلق بمصلحة خاصة وهي مصلحة الخصوم مثل الفصل السريع في النزاع المطروح على المحكم، ومراعاة الخبرة والتخصص والمحافظة على أسرارهم، ومنها ما يتعلق بمصلحة عامة، وهي مصلحة الدولة في تخفيف العبء الملقي على كاهل محاكمها: بسبب تكدس القضايا أمامها([2]) .

فلا بد من التزام المحكم بالسرية في مهمته التحكيمية وعدم السماح

- تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في أي من الحالات التالية : اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

(١) راجع: أحمد عبد الرحمن الملحم:عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص ٢٣٢. وراجع: هدى عبد الرحمن، دور المحكم، مرجع سابق، ص٤١٤. وراجع ايضا: أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٢) راجع: أمال الفزيزي: دور قضاء الدوله، مرجع سابق، ص ٦٨. وراجع : د/ نادر محمد إبراهيم: تأثير العولمة على التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة التحكيم العربي العدد الرابع ٢٠٠١، ص٦٨ وما بعدها. وراجع ايضا: محمود التحيوتي: اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص١٣.

لغير الخصوم ووكلائهم بحضور جلسات التحكيم، وحظر إفشاء ما يتم إجراءات وما يتخذ من قرارات، وكل ما يتم طرحه في الجلسات. كذلك لا يجوز لغير أطراف الدعوى التحكيمية، أو الأشخاص الذين يمثلون الأطراف المعنية حضور الجلسات، فحضور جلسات التحكيم مقصور على أطراف الدعوى التحكيمية والأشخاص الذين يمثلونهم أمام هيئة التحكيم، ولا يحق لغير هؤلاء حضور هذه الإجراءات وإلا عد ذلك خرقاً لمبدأ السرية[1] .

فالأصل في ميدان التحكيم هو السرية لا العلانية كما هو الحال في إطار إجراءات التقاضي العادية[2] ، ذلك أن العلانية التي تلازم إجراءات التقاضي العادي بوصفها ضمانة من ضمانات العدالة من شأنها الإضرار بالتجار، إذا كانت تؤدي إلى إفشاء أسرارهم الصناعية أو التجارية والتي يحرصون على إبقائها طي الكتمان[3] . وميزة السرية باعتبارها التزاماً تعاقدياً ليست مقصورة على التحكيم التجاري الدولي وإنما يشاركه فيها التحكيم التجاري الداخلي، وتحقيقاً للسرية تتفق نصوص قوانين التحكيم الحديثة في حظر نشر القرارات التحكيمية، أو أجزاء منها دون موافقة أطرافها[4] .

---

(١) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص ١٦١. راجع: أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص ٢٤٧ وما بعدها.

(٢) راجع: محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٢٨. وراجع : عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص١٤. وراجع: د/ محمد عبد الخالق، النظام القضائي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٧٦، ص٩٧.

(٣) راجع: أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق ٢٤٤. وراجع: محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) تنص الماده ٤١ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه " بما لا يتعارض مع أحكام القانون لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة". =

ومن الأهمية التنويه بأن حظر نشر القرارات التحكيمية حفاظاً على سرية المنازعات يشكل حجر عثرة في درب التحكيم ويحول دون أداء دوره المنشود في تكوين وإرساء عادات ومبادئ وأعراف للتحكيم في المنازعات التجارية([1]) ، وفي محاولة لتحقيق توازن مثالي بين مصلحة الخصوم في المحافظة على السرية والمصلحة العامة المتمثلة في تكوين وإرساء عادات ومبادئ وأعراف للتحكيم في المنازعات التجارية، أوصت غرفة التجارة الدولية بنشر أحكام المحكمين التي تتضمن مبادئ قانونية تهم الأوساط التجارية الدولية، مع ضرورة عدم ذكر أسماء أطراف النزاع وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى التعرف إليهم أو المساس بسمعتهم أو أسرار تجارتهم، حفاظاً على السرية([2]).

ونخلص من كل ما تقدم إلى القول بأن المحافظة على سرية جميع الأمور ذات العلاقة بين المحكم والخصوم تعد في حكم الشرط الضمني في

= حكم هذه الماده يطابق حكم المادة (٤٢/ب) من قانون التحكيم الأردني وحكم المادة (٢\١٤٤) من قانون التحكيم المصري وحكم المادة (٣٠) من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي. والمادة (٣٤) من نظام غرفة التجارية الدولية (ICC) والمادة (٢٨) من نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم.

(١) راجع: د/هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٩٣. وراجع: مصلح الطراونة: قانون التجارة الدولي، دراسة نظرية تحليلة لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص، دار رند للنشر والتوزيع، ٢٠٠١، ص ١٠٧. وراجع: أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص٢٥٠.

(٢) راجع: هشام صادق: القانون الواجب، مرجع سابق، ص ١٩٣. وراجع: مصلح الطراونة: قانون التجاره، مرجع سابق، ص١٠٧.

العقد المبرم بين المحكم والخصوم، فالخصوم لا ينتظرون مـــن المحكـــم أن يمنحهم مقدرته الفنية فقط، بل ينتظرون منه أيضاً أن يحرص على احتـــرام سرية الوقائع والمعلومات التي تصل إلى علمه في أثناء مباشـــرته لأعبـــاء مهمته[1] . ولا شك أن إفشاء أسرار الخصوم واخلال المحكم بهذا الإلتـــزام يستوجب مسئولية المحكم طبقا لقواعد المسئولية العقدية لان عقد التحكيم الذي ابرمه المحكم مع الاطراف المحتكمه يوجب عليه المحافظـــه علـــى ســـرية التحكيم، وبالتالي عدم إحترامه لهذا الإلتزام يشكل مخالفة لإلتـــزام تعاقـــدي ويستوجب مسئوليته عن ذلك[2] .

(١) راجع: أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٢) راجع: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص٣١٢.

الفصل الرابع

الإجراءات المتبعه في مساءلة المحكم

نناقش في هذا الفصل ألية مساءلة المحكم في ظل عدم وجود اي تنظـيم قانوني خاص يبين كيفية إتباع طرق مساءلة المحكم عن اخطائـة ومطالبـة بالتعويض. وتوضيحا لذلك سنقوم بعرض ملخص بسيط عما ناقشنه سـابقا عن مسئولية المحكم، وبعد ذلك سنقوم بالتمييز بين أساس مسئولية المحكـم اتجاه الخصوم والغير في مبحث أول، ثم ننتقل في مبحث ثاني الى القواعـد العامة المتبعه في رفع دعوى المسئولية:

لم يتبن المشرع تنظيماً خاصاً يمكن بموجبه مساءلة المحكم على نحو ما هو مقرر للقاضي من نظام مخاصمة القضاة أو دعوى الرجوع وفقاً للقانون الفرنسي[1] . فلا يجوز للخصم إتباع إجراءات مخاصمة القضاة عند مطالبة المحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب خطأ ارتكبه المحكـم أثناء مباشرة مهمته التحكيمية. كما لا يعد الطعن في حكم التحكيم الوسـيلة التي يمكن بمقتضاها تقرير مسئولية المحكمين، فالطعن في حكم التحكيم وفقاً لطرق الطعن المقررة في التشريعات المختلفة لا تمس إلا حكم التحكيم وليس المحكم ذاته لأنه ليس طرفاً في خصومة التحكيم[2] .

---

(١) سنبين ذلك لاحقا عند الحديث عن حصانه القضاه والمحكمين.

(٢) TGI paris 1re ch. 1re sect. 2 october 1985, rev. arb. 1987 no p84: 86, obs. BM.

مشار اليه في المرجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٢١٦ .

إذا كان الرأي الغالب في الفقه والقضاء ([1]) يرى أن المحكم قاض إلا أن الفقه يجمع على أنه ليس موظفاً عاماً([2]) . وإن كانت المهمة التي يقوم بها المحكم ذات طابع قضائي إلا أنها لا تؤدي إلى اكتساب المحكم المركـز القـانوني الخاص بالقضاة([3]) .

ونظراً لعدم وجود تنظيم خاص لمساءلة المحكم، ذهبت بعض النظم القانونية الأجنبية إلى تقرير مبدأ حصانة المحكم([4]). في حـين لـم يعـالج المشرع المصري والفلسطيني والاردني والفرنسي والكويتي هذه المـسألة. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن المحكم يعد قاضياً خاصـاً، فـلا يخضع لقواعد المسئولية المقررة للقضاة المتمثلة في دعوى الرجوع التـي ترفع على الدولة وتختص بنظرها الـدائرة المدنيـة بمحكمـة الـنقض ولا

(١) **ph. Fouchard**: le statut de I' arbiter, p 357 n o63: the lay note sous un arret dela C.A reims ord 1re pres 16 dec 1999 rev. arb 2000 n o2 316 "I" arbiter est un juge a part entiere: paris, 1 Ch. Sect. C. 29 mai 1992, R.T.D com. Juill sept. 1992 p. 588 obs. J.C. Dubary et E. Loquin.

مشار اليها في المرجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٢١٧ .

1-**cass**. Civ. 2e. 29 Janv. 1960. Rev. arb 1960. 121: D. 1960. 262: TGI paris, IreC. 12 mai 1993, Raoul Duval.

مشار اليها في المرجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٢١٦ .

(٢) **cass**. Civ. 2e. 29 Janv. 1960. Rev. arb 1960. 121: D. 1960. 262: TGI paris, IreC. 12 mai 1993, Raoul Duval.

مشار اليها في المرجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٢١٦ .

(٣) قمنا ببيان ذلك سابقا عندما تناولنا موضوع التكييف القانوني لوظيفة المحكم .

(٤) **ph. Fouchard**. Le statut de l'arbitre n 064 p 375.

لإجراءات المخاصمة التي ما زالت مقررة لقضاة المحـاكم الاسـتثنائية أو المخصصة([1]) فأساس تقرير قواعد مسئولية الدولة هو حماية القضاة ضـد شغب وعبث المتقاضين فلا يسال القاضي إلا في الحـالات المحـددة فـي القانون. وقد أكدت محكمة النقض في حكمها الـسابق أن تقريـر مـسئولية المحكم والتزامه بتعويض الخصم عن الأضرار التي لحقته من جراء خطـأ ارتكبه المحكم أثناء مباشرته مهمة التحكيم يتم وفقـاً لقواعـد العامـة فـي المسئولية([2]) .

المبحث الأول

التمييز بين أساس مسئولية المحكم

إتجاه الخصوم والغير

في الواقع لإمكان تحديد مسئولية المحكم وفقاً للقواعد العامـة للمـسئولية يتعين التفرقة بين مسئولية المحكم اتجاه الخصوم ومسئوليته إتجاه الغير.

---

(١) cass. Civ. 2e. 29 janv. 1960 rev. arb. 1960. 121: d. 1960. 262: tribigr. Inst. Paris 1reC. 12 mai 1993, Roul Duval.

مشار اليها في المرجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سـابق، ص٢١٧ .

(٢) La cour de eassation de 1960 affirme que "l' action en dommage interest dirigee contre les arbitres a raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l' etre que dans les conditions du droit commun".

مشار اليها في المرجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٢١٧ .

أولاً: مسئولية المحكم نحو الخصوم:

يرتبط المحكم بالمحتكمين بموجب عقد التحكيم، إذ بقبـــول المحكـــم مباشرة مهمته التحكيمية يرتبط بعقد مع الأطراف المحتكمة، ويتولد عن هذا العقد حقوق والتزامات لكل طرف قبل الطرف الآخر، والتي سبق أن تناولنها بالتفصيل، ومن ثم يسأل المحكم طبقاً لقواعد المسئولية العقديـــة(1) . وتنـــشأ مسئولية المحكم بسبب عدم تنفيذ الواجبات المفروضة عليـــه فـــي مواجهـــة المحتكمين رغم قبوله التحكيم، وتحدد هذه الواجبات إما في اتفاق التحكيم أو بناء على نص القانون(2) ويمكن تقسيم الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم الى إلتزامات إتفاقية وإلتزامات قانونية، وتهدف تلك الإلتزامات في مجملهـــا إلى تنفيذ الالتزام الرئيسي للمحكم، ألا وهو الفصل في النزاع محل التحكيم إذ يفرض عليه هذا الالتزام القيام بالواجبات التي يمليها القانون والتقيد بما ورد بعقد التحكيم المبرم بينه وبين الخصوم. فمثلاً، يتعين على المحكم الإستمرار في مباشرة علمه حتى إنتهاء مهمته، وقيامه بمباشرة المهمة بنفسه، والالتزام بالأجل المتفق عليه، وعدم إفشاء أسرار الخصوم، وإحترام حقـــوق الـــدفاع ومبدأ المواجهة بين الطرفين، والإلتزام بالحياد والموضوعية فـــي مباشـــرة عمله.ويسأل المحكم طبقاً لقواعد المسئولية العقدية في حالة إخلالـــه بأحـــد الواجبات الملقاة على عاتقه بموجب عقد التحكيم المبرم بينه وبين المحتكمين وذلك وفقاً للقواعد العامة في المسئولية المقررة في القانون المدني .

Jean Robert: L'arbitrage, droit internce. Droit international prive. P 130 (1) et 131 m 0152: Alexandre Ditchev. "le contral: d'arbitrage" rev. arb. 1981 n03 p 407 n 012.

(2) راجع: عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ١٩٠. وراجع: أحمـــد المليجي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي ،مرجع سابق، ص١٥٠ بند ٥٧. وراجع ايـــضا: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص٢١٨ وما بعدها.

ثانياً: مسئولية المحكم نحو الغير:

رغم أن الغير ليس طرفاً في عقد التحكيم المبرم بين المحكم والاطراف المحتكمه، فإنه يمكن ان يطالب المحكم بالتعويض إذا لحق به ضرر من جراء غش أو التدليس الذي قام به المحكم نحو الغير وفق القواعد المسئولية التقصيرية(1) .

المبحث الثاني
القواعد العامة المتبعه في رفع لدعوى

ليس هناك قواعد خاصة يتعين اتباعها لرفع دعوى التعويض على المحكم سواء من قبل الخصم المضرور أو الغير، وإنما تتبع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى العادية وتختص بها المحكمة وفقاً للقواعد العامة للاختصاص المحكمة الجزئية أو الابتدائية حسب قيمة ما يطلبه المدعي في دعواه(2) . وترفع الدعوى من أحد الخصوم أو كليهما على المحكم، وقد ترفع من أحد الخصوم على المحكم والخصم الآخر وذلك إذا استند الخصم في دعواه إلى الغش أو التدليس الذي ارتكبه المحكم بالتواطؤ مع الخصم الآخر.

وقد ترفع الدعوى من الغير على المحكم إذا أصابه ضرر من جزاء فعل المحكم وعليه إثبات الخطأ الذي ارتكبه المحكم والضرر الذي لحق به وعلاقة السببية القائمة بين هذا الخطأ والضرر الذي أصابه.

---

(1) راجع: سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص21 .

(2) تنص الماده 139 من قانون اصول المحاكمات الفلسطيني على انه:" تختص محكمة الصلح بالنظر بالدعوي التي لا تتجاوز قيمتها 10000 (عشرة الاف دينار اردني) او ما يعادلها بالعمله المتداولة قانونا". كما نصت الماده 141 من نفس القانون على انه:" تكون محكمة البداية صاحبة الولاية العامه في نظر جميع الدعاوي والطلبات التي لا تدخل في اختصاص محكمة الصلح".

الفصل الخامس
موقف الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة
من مسئولية المحكم المدنية

لم تجر القوانين الوطنية على وتيرة واحدة فيما يتعلق بنطاق المسئولية المدنية للمحكمين، فبعضها يتضمن نصوصاً واضحة تتعامل مع المسئولية المدنية للمحكمين، وبعضها الآخر لا يتضمن مثل هذه النصوص. كما أن استطلاع الاتجاهات القضائية التي تعاملت مع موضوع المسئولية المدنية للمحكمين يبين أن أحكام المحاكم تتراوح بين الحصانة المطلقة للمحكم من جميع الدعاوي المدنية المرفوعة عليها من الخصوم والحصانة المقيدة للمحكم.

ونحاول في هذا الفصل أن نلقي الضوء على موقف القوانين الوطنية من المسئولية المدنية للمحكمين، فإذا انتهينا من ذلك انتقلنا إلى البحث عن موقف القضاء من هذه المسئولية. ومن هنا نرى تقسيم هذا الفصل إلى **مبحثين**: نخصص المبحث الأول، لبحث موقف بعض قوانين التحكيم الوطنية من مسئولية المحكم، والمبحث الثاني، لبحث الاتجاهات القضائية المختلفة بشأن المسئولية المدنية للمحكمين وبالأخص القضاء الأمريكية والقضاء الإنجليزي؛ لباعهما الطويل في هذا الصدد.

المبحث الأول
موقف الأنظمة القانونية المقارنه
من مسئولية المحكم المدنية

تتباين مواقف القوانين الوطنية بشأن مسئولية المحكم، فبعضها لم يعالج مطلقاً مسئولية المحكم الناشئة عن أخطائه التحكيمية. ومن هذه القوانين: القانون الفرنسي(1) والسويسري(2) والهولندي(3) وغالبية القوانين العربية بما فيها القانون الفلسطيني والأردني والمصري، حيث خلت أحكام هذه القوانين من تنظيم لأحكام مسئولية المحكم او الإشارة اليها.

وهناك طائفة من القوانين الوطنية عالجت مسئولية المحكم الناشئة عن التنحي

---

(1) راجع: التقرير الوطني المقدم عن موقف القانون الفرنسي الى مؤتمر التحكيم التجاري السنوي:

Derain's ,national repot on France .International Handbook on commercial arbitration,1986.

وراجع: قانون الإجراءات المدنية الفرنسية لسنة ١٩٨١.

(2) راجع: التقرير الوطني المقدم عن موقف القانون السويسري الى مؤتمر التحكيم التجاري السنوي:

Derain's ,national repot on Switzerland,1988

وراجع: القانون الفدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص لسنة ١٩٨٧.

(3) راجع :التقرير الوطني المقدم عن موقف القانون الهولندي الى مؤتمر التحكيم التجاري السنوي:

Derain's ,national repot on Italy,25, .International Handbook on commercial arbitration,International,ICCA,ed1985

وراجع: قانون المرافعات المدنية الهولندي لسنة ١٩٨٦.

ومن الجدير الإشارة إلى أن القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي "NCTTRAL" لم ينظم موضوع مسئولية المحكم. راجع: Anastasia Tskatoura, .at P.2

فقط، كالمادة (٣/٩) من قانون التحكيم الاختياري البرتغالي لسنة ١٩٨٦ والتي قررت مسئولية المحكم إذا ترك منصبه دون سبب معقول، وجعلته مسئولاً بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالأطراف من جراء ذلك، والمادة (٣٩) من قانون التحكيم الصيني لسنة ١٩٩٤، والتي قررت أيضاً مسئولية المحكم عن الأضرار التي تلحق بالأطراف من جراء استقالته دون سبب معقول. هذا وقد تضمنت بعض قوانين الدول العربية مثل هذا النص، كالمادة (٢/٢٠٧) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٩٢([1]) ، والمادة (٢/٢٣٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني لسنة ١٩٧١([2]) ، والمادة (١٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة ١٩٩٠([3]) ، والمادة (٢/١٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة ١٩٨٠([4]) ، والمادة (٥٤١) من قانون أصول المحاكمات السوري لسنة ١٩٥٣([5]) ، والمادة (٧٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة ١٩٥٣([6]) ، والمادة (١١) من قانون التحكيم التونسي

---

(١) **وتنص المادة** (٢/٢٠٧) على أن: "وإذا تنحى المحكم بغير سبب جدي عن القيام بعمله بعد قبوله التحكيم جاز الحكم عليه بالتعويضات".

(٢) **ونصها كالتالي**: ".. ولا يجوز له بعد قبول التحكيم أن يتنحي بغير سبب جدي، والإ جاز الحكم عليه للخصوم بالتعويضات".

(٣) حيث تنص المادة (١/١٩٤) على أن: ".. ولا يجوز له بعد قبول التحكيم أن يتنحى بغير سبب جدي، وألا جاز الحكم عليه للخصوم بالتعويض".

(٤) ونصت هذه المادة على أن: "... إذا تنحي المحكم بغير سبب عن القيام بعمله بعد قبوله التحكيم جاز الحكم عليه بالتعويضات".

(٥) فقد نصت المادة (٥٤١) على أن: ".. لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم أن يتنحي بغير سبب جدي وألا جاز الحكم عليه للخصوم بالتضمينات".

(٦) والمادة (٧٤٨) تنص على أن: ".. لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم أن يتنحي بغير سبب مشروع وألا جاز الحكم عليه بالتمضينات للخصوم".

لسنة ١٩٩٣([1]) ، حيث اجتمعت هذه المواد علـــى مـــسئولية المحكـــم عـــن الأضرار التي تلحق بالخصوم من جراء تنحي المحكم بغير سبب جدي عن القيام بعمله بعد قبوله مهمته. وهناك عدد من القوانين الوطنية تعاملت مـــع موضوع المسئولية المدنية للمحكمين، ولكنها لم تجعل المحكم مـــسئولاً فـــي مواجهة الخصوم عن الأضرار التي تصيبهم من جراء أي خطـــأ يرتكبـــه المحكم في أثناء تأديته أعمال مهمته على أساس القواعد العامة في المسئولية، وإنما يسأل فقط عن أخطاء معينة يحددها المشرع على سبيل الحصر.

وعلى سبيل المثال قررت المـــادة (٨٨١) مـــن القـــانون اليونـــاني للمرافعات المدنية لسنة ١٩٩٥ حصانة للمحكم ولم تجـــز مقاضـــاته عـــن الأخطاء التي تقع منه في أثناء مباشرة مهمته ألا في حالتي الغش والخطـــأ الجسيم ([2]) .

كذلك بالرجوع إلى المادة (٨١٣/٢) من قانون المرافعات الإيطـــالي لسنة ١٩٩٤ نجد أنها تتضمن أيضاً الإشارة إلى مسئولية المحكم فقـــط فـــي حالتي الخطأ الجسيم والغش([3]) وتنص المادة (١٦) مـــن قـــانون التحكـــيم الأسباني لسنة ١٩٨٩([4]) على نص مشابه يقرر مسئولية المحكم فقـــط فـــي حالتي الغش والخطأ الجسيم، وبالمثل تنص المادة (١/٢٩) من قانون التحكيم

---

(١) تنص المادة (١١) على أن ".. ولا يجوز له التخلي بعد القبول دون مبرر وألا كان مـــسئولاً بغرم ما عسى أن يكون قد تسبب فيه بذلك من الضرر للأطراف".

(٢) راجع: المادة (٨٨١) من القانون اليوناني للمرافعات المدنية لسنة ١٩٩٥.

(٣) راجع: المادة ٢/٣١٨ من قانون المرافعات الإيطالي لسنة ١٩٩٤.

(٤) راجع : المادة ١٦ من قانون التحكيم الأسباني لسنة ١٩٨٩.

الإنجليزي لسنة ١٩٩٦([1]) تحت عنوان "حصانة المحكم" على ما يلـــي: "لا يكون المحكم مسئولاً عن أي عمل أو امتناع عن عمل أثناء أو بسبب قيامـــه بوظائفه كمحكم ما لم يكن القيام بهذا العمل أو الامتناع عنه ناشئاً عن ســـوء نية". ولقد ذهبت الفقرة الثانية من هذه المادة إلى أبعد من ذلـــك بتقريرهـــا تطبيق الفقرة الأولي على مستخدمي ووكلاء المحكم بنفس شروط تطبيقهـــا على المحكم([2]) . وقد سار على هذا النهج قانون التحكيم الأســـترالي لـــسنة ١٩٩٣ الذي قرر في المادة (٢٨) منه حصانة للمحكم فيها يخص الأفعـــال التي قام بها أو امتنع عن القيام بها في أثناء أو بسبب قيامه بوظائفه كمحكـــم ما لم يكن القيام بهذه الأفعال أو الامتناع عنها ناشئاً عن سوء نية، وقـــانون التحكيم الأيرلندي لسنة ١٩٩٨ حيث أقرت المادة (١٢) من هذا القانون عدم مسئولية المحكم عن الأفعال التي قام بها أو امتنع عن القيام بها طالمـــا لـــم تقترن بسوء نية([3]) .

---

(١) راجع : المادة ١٢٩ من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦.

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من قانون التحكيم الإنجليزي على ما يلي: "تطبيق الفقـــرة الأولي من هذه المادة على مستخدمي المحكم ووكلائه بنفس الشروط السابقة".

(٣) بنفس المضمون (mG2) من قانون التحكيم في هونغ كونغ لعام ١٩٩٦، والمـــادة ٤٥ مـــن قانون التحكيم في سيريلانكا لعام ١٩٩٥. والمادة ٢٠ من قانون التحكيم في مالطا لعام ١٩٩٦ مع اختلاف في الصياغة. لمزيد من التفاصيل راجع:

Pieter Sanders, The Work of Uncitral on Arbitration and Conciliation, Kluwer Lew International 2001, P. at 68.

المبحث الثاني
موقف الأنظمة القضائية المقارنه
من مسئولية المحكم المدنية

يهمنا أن نناقش هنا موقف القضاء الأمريكي في هذا الصدد لما يتميز به من كيان ضخم من السوابق القضائية التي تمكن من استخلاص المبادئ التي تحكم اساس مسئولية المحكم ومحاولة تقيمها، ويأتي القضاء الأنجليزي في المرتبة التالية له مباشر.

أما بالنسبة للقضاء الأمريكي فقد أتيح له فرص كثيرة للإدلاء برأيه في شأن مسئولية المحكمين، وبالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن هذا القضاء نلمس بوضوح أن المحاكم الأمريكية فضلت مبكراً منح المحكم الحصانة التي يتمتع بها القاضي.

ففي قضية Hoosac Tunnel Dock and Eelvator Company v O Brien([1]) عدت المحكمة العليا الأمريكية المحكم موظفاً شبه قضائي quasi – judical، يمارس وظائف قضائية، وإن من الواجب تعزيز استقلاليته وحمايته من التأثيرات التي لا مسوغ لها كالقاضي. وأضافت أن المحكم لا يعد مسئولاً عن التآمر أو التحايل مع محامي أحد الأطراف لمجاراته في إصدار حكم غير عادل بحق موكله.

---

(١) راجع قضية: **Hoosac** Tunnel Dock and Eelvator company v. O, Brien, 137 Mass, 424. 50 Amercan Reports 323, 1884.

وفي قــضية Chahu v. International Ladies Carment Union([1]) قــضت محكمة الدائرة الثالثة بعدم جواز مساءلة المحكم عن الأضرار الناتجة عــن تصرفاته الاحتيالية. وفي قضية Airco v. Rapistan([2]) قالت المحكمة العليا أن الحصانة من المسئولية المدنية تمتد لتغطي عدم إظهار المحكم لعلاقــات الاجتماعية أو التجارية مع أحد طرفي النزاع.

وقد أوضحت المحكمة العليا الأمريكية في قــضية Corey v. New York Stock Exchange([3]) أن الحصانة لا تعتمد على مصدر سلطة متخــذ القرار ولكن على طبيعة تلك السلطة، مؤكدة الطبيعة القضائية لمهمة المحكم. ولكن بالمقابل نجد أن الأحكام الداعمة للحصانة التحكيمية المقيــدة تــشكل الأقلية، في قضية Lundgren v. Freeman([4]) حكمت المحكمــة بمــسئولية المحكم عن الافعال التي قام بها بسوء نية بقصد الإضرار بأحد الأطراف.

أما بالنسبة للقضاء الإنجليزي فهو كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية له تاريخ طويل في مد الحصانة القضائية إلى المحكمين([5]) ففــي

---

(١) راجع قضية: Chahn v. International Ladies carment Union (311 F. 2d 113. 3d Cir 1962).

(٢) راجع قضية: Airco v. Rapistan, 446 N.W. 2d 372 s. et. Minn. (1989).

(٣) راجع قضية: Corey v. New York Stock Exchange, 691 F. 2d at 1211 (6 th cir 1982).

(٤) راجع قضية: Lundgren v. Freeman , 307 F 2d 104, 117 (9 th Cir, 1962)

مشار إليها في: Christian Hausmaninger, at P. 22,33.

(٥) راجع: Anastasia Tsakatoura, at P. 4.

قضية Tharsis Sulphur and Copper Co. Ltd v. Loftus(1) رفض القاضي Bovill إرساء سابقة لمسئولية المحكم مدنياً عن الأضــرار التــي لحقت بالخصوم من جراء إهماله، وأقام Bovill حكمه على غياب الــسابقة القضائية في هذا الخصوص، إذ قال: لا وجود لسابقة تفيد أن الشخص إذا ما نصب للفصل في نزاع بين الخصوم يكون محلاً لرفع دعوى للتعويض عن الإهمال الذي وقع منه.

وفي قضية Sutcliffe V. Thakrah(2) قرر القاضي Reid بما أن مركز المحكمين هو مركز القضاة نفسه، باعتبارهم يقومون بالوظــائف نفسها التي يقوم بها القضاة، فإن القانون، وعلى مــدى الأجيــال المتعاقبــة يعترف بحصانة المحكمين، وإن من الواجب أن تكون لديهم القــدرة لــصنع قراراتهم بشكل مستقل دون الخوف من دعاوي المسئولية المدنية التي ترفع ضدهم من المتقاضين الخاسرين، مؤسساً هذه الحصانة على النظام العام.

وفي قضية Bremer Schiffbau V. South India Shipping Corp. Ltd(3) صرح القاضي Donaldson أن القضاة والمحكمين يقومون

---

(1) راجع قــضية: Tharsis Sulphur and Copper Co. Ltd v. Lofus 1872 LRSC, P. 1 at P. 7.

مشار إليه في المرجع: أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكــيم المبــرم، مرجــع ســابق، ص ٢٥٣.

(2) راجع قضية: Sutcliffe v. Thakrah, A. C. 727 (1874).

مشار الــيهم فــي كــلاً مــن: Anastasia Tsakatoura, at P. 4. Mauro Rubino sammartano at P. 356.

(3) راجع قضية: Bremer Schiffbau v. South India Shipping Corp. Ltd.

مشار اليها في: Anastasia Tsakatoura, at P. 40.

بالوظائف نفسها وهي إدارة العدالة وأن من الواجب تمكينهم من القيام بمهمتهم دون الخوف من دعاوي المسئولية المدنية.

وفي قضية Arenson v. Arenson([1]) أكد اللورد Simon على الحصانة القضائية للمحكمين مبنياً أن أساس الحصانة قائم على النظام العام.

وإذا كانا لا ننفي الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، فإننا لا نتفق مع ما ذهب إليه القضاء الأنجلو أمريكي في هذا الصدد. إذ إن هذه الطبيعة القضائية لمهمة المحكم لا تسوغ إعفاءه من المسئولية عن أية أخطاء يرتكبها. ولعل التسويغ الحقيقي لهذا المسلك من جانب القضاء الأمريكي بصفة خاصة هو الرغبة في تخفيف العبء عن كاهل المحكمين وتوفير مناخ مستقر لممارسة مهامهم.

ولا يخفي ما لهذا المسلك من أثر سلبي في عملية التحكيم، فهو من ناحية يحول دون رفع مستوى مهنة التحكيم وإدراك منتسبيها أهمية دورهم في تحقيق العدالة، كما أن هذا المسلك يحول دون القضاء على بوادر الإهمال واللامبالاة التي قد يتصف بها بعض المحكمين. على أن من شأن الحصانة المطلقة للمحكمين أن تؤدي إلى إحجام الأفراد عن اللجوء إلى التحكيم بوصفه أسلوباً بديلاً لحل منازعاتهم. وتبدو عملية التحكيم في نظهرم عملية غير مأمونة ومحفوفة بالمخاطر، وهو ما يتنافى مع سياسة المشرعين

---

(١) راجع قضية: Arenson v. Arenson , A.C.405.1977.
مشار إليه في المرجع: Mauro Rubino sammartano at P. 356.

الداعمة للتحكيم؛ بغية تخفيف العبء الملقي على عاتق محاكم الدولة. ([1])

ولم يقف منهج الاتجاه الأنجلو أمريكي عند الحد بل امتـد مفهـوم الحصانة ليعمم على مؤسسات التحكيم. حيث اعترف المشرع الإنجليزي([2]) ، والأيرلندي([3]) ، بحصانة مؤسسات التحكيم أيضاً. فقد قررت المـادة (٧٤) من القانون الإنجليزي والمادة (١٢) من قانون التحكيم الأيرلندي صـراحة عدم مسئولية مؤسسات التحكيم ومستخدميها عـن الأضـرار التـي تلحـق بالأطراف طالما لم تنشأ عن سوء نية.

كما استقر القضاء الأمريكي على حصانة مؤسسات التحكيم. ففي قضية Melady v. South st Paul live stock Exchange([4]) قام عضوان مـن سـوق الأوراق المالية بإحالة نزاع نشأ بينهما على تحكيم تحت مظلة السوق الماليـة، ولم يرتض أحد الأعضاء نتيجة الحكم الصادر، فما كان منه إلا أن رفع دعوى تعويض ضد مؤسسة التحكيم التابعة لسوق الأوراق المالية طالباً تعويضه عـن الضرر، وقد حكمت المحكمة برد الدعوى تأسيساً على أن الوظيفـة الإداريـة للمؤسسة التحكيمية تجعلها هيئة شبة قضائية متمتعة بالحصانة.

وفي قضية Rubenstein V. Otterbourg([5]) قام المـدعى بمقاضـاة

---

(١) راجع كلاً من: Christian Hausmaninger, at P 39. Anastasia Tsakatoura, at P. 6

(٢) راجع: المادة (٧٤) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦.

(٣) راجع :المادة (١٢) من قانون التحكيم الأيرلندي لسنة ١٩٩٨.

(٤) راجع قضية: Melady v. South st. Paul Live Stock Exchange 171 N.W 806
مشار اليها في المرجع: Christian Hausmaninger, at P. 40,41.

(٥) راجع قضية : Rubenstein V. Otterbourg, 78 Misc.2d,1973.

مؤسسة التحكيم الأمريكية AAA من أجل استعادة الرسوم بعد أن أبطل القرار الصادر من قبل المحكمين الذين عينتهم المؤسسة على خلفية رفض المؤسسة التدخل في العملية التحكيمية؛ بالرغم من علمها بأن الرئيس كان له مصالح شخصية – وقد حكمت المحكمة برد الدعوى، قائلة بأن مؤسسات التحكيم هي منظمات شبة قضائية تتمتع بالحصانة القضائية.

ولعل في الأخذ بهذا الاتجاه أيضاً ما يدفع المؤسسات التحكيمية إلى عدم بذل العناية والحذر المعقولين في إدارتها للعملية التحكيمية على نحو يضر بالعدالة وبمستقبل التحكيم، بل وبمستقل مؤسسات التحكيم ذاتها. فإذا كانت التشريعات الحديثة تعترف للمحكم بالحصانة، فلا أقل من مساءلة مؤسسات التحكيم، وهذا من شأنه الحفاظ على سمعة التحكيم، وهذا هو المعيار الحقيقي لجذب التحكيمات وليس التسابق نحو إصدار التشريعات أو الأحكام القضائية التي تجرد الأطراف من كافة الضمانات التي تكفل عدالة الحكم. فمؤسسات التحكيم تقدم خدمات معينة للأطراف ومعظم قواعد مؤسسات التحكيم تتضمن النص بوضوح على أن هذه المؤسسات يقتصر دورها على تنظيم وإدارة عملية التحكيم[1] . وطالماً أن عمل هذه المؤسسات

---

(١) كالمادة (١٤٥١) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حيث جاء فيها: "لا يمكن أن تعهد مهمة المحكم إلا للشخص الطبيعي، ويجب على هذا الأخير أن يتمتع بالأهلية التي تخولة ممارسة كافة حقوقه المدنية. وإذا عين العقد التحكيمي شخصاً معنوياً، فإن هذا الأخير لا يتمتع إلى بصلاحية تنظيم التحكيم". والمادة (٢/١) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية التي تنص على أنه: "لا تفصل الهيئة المنازعات بنفسها وتكون مهمتها تأمين تنفيذ النظام" والمادة (٣/١) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم التي تنص على أنه: "يحدد هذا النظام واجبات ومسئوليات الهيئة الأمريكية للتحكيم بصفتها مسئولة عن إدارة التحكيم".

ذو طبيعة إدارية وتنظيمية، فمن الأوفق اعتبار عملها المتمثـل فـي الإدارة والتنظيم خاضعاً لقواعد المسئولية المدنية، وهذا الأمر يستقيم مـع الطبيعـة التعاقدية للعلاقة بين الأطراف والمؤسسة التحكيمية والتي استحقت عنها هذه الأخيرة الأتعاب[1] .

ومن الأسباب التي تدفعنا أيضاً إلى انتقاد الحصانة المطلقة للمحكمين عدم إجازة معظم التشريعات الطعن بحكم التحكيم في الاسـتئناف لإصـلاح الخطأ الذي قد يرتكبه المحكم كما أنه وفي ظل التشريعات التي تجيز رفـع دعوى بطلان مبتدأه على حكم التحكيم لا تذكر من أسباب الـبطلان خطـأ المحكم في تقدير الوقائع أو في تطبيق القانون. فماذا لو ارتكب المحكم خطأ جسيماً في هذا الشأن وترتب عليه ضياع حق من كان كل الحق في جانبـه غير دعوى المسئولية؟

---

(١) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

المبحث الثالث

تقديرنا لموقف القانون والقضاء

من مسئولية المحكم المدنية

رأينا أن هناك تباين في مواقف القوانين الوطنية بشأن مسئولية المحكم، فبعضها لم يعالج مطلقاً مسئولية المحكم الناشئة عن أخطائه التحكيمية ، وهناك طائفة من القوانين الوطنية عالجت مسئولية المحكم الناشئة عن التنحي فقط، وهناك عدد من القوانين الوطنية تعاملت مع موضوع المسئولية المدنية للمحكمين، ولكنها لم تجعل المحكم مسئولاً في مواجهة الخصوم عن الأضرار التي تصيبهم من جراء أي خطأ يرتكبه المحكم في أثناء تأديته أعمال مهمته على أساس القواعد العامة في المسئولية، وإنما يسأل فقط عن أخطاء معينة يحددها المشرع على سبيل الحصر كالخطأ الجسيم والغش.

وبالتدقيق في موقف هذه الأنظمه القانونية والقضائية ، نجد ان القضاء الانجلوا امريكي انه لا ينفي الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وبالتالي فأننا لا نتفق مع ما ذهب إليه القضاء الأنجلو أمريكي في هذا الصدد. إذ إن هذه الطبيعة القضائية لمهمة المحكم لا تحول دون إعفاءه من المسئولية عن أية أخطاء يرتكبها. ونرى ان الدافع الحقيقي لهذا المسلك من جانب القضاء الأمريكي بصفة خاصة هو الرغبة في تخفيف العبء عن كاهل المحكمين وتوفير مناخ مستقر لممارسة مهامهم.

كذلك نرى أن السير بهذا المسلك من قبل القضاء الأنجلو أمريكي له أثر سلبي في عملية التحكيم، فهو من ناحية يحول دون رفع مستوى مهنة التحكيم

وإدراك منتسبيها أهمية دورهم في تحقيق العدالة، كما أن هذا المسلك يحول دون القضاء على بوادر الإهمال واللامبالاة التي قد يتـصف بهـا بعـض المحكمين.

كذلك نرى أن تقرير الحصانة المطلقة للمحكمين من شأنها أن تؤدي إلى إحجام الأفراد عن اللجوء إلى التحكيم بوصـفه أسـلوباً بـديلاً لحـل منازعاتهم، وتبدو عملية التحكيم في نظرهم عملية غير مأمونـة ومحفوفـة بالمخاطر، وهو ما يتنافى مع سياسة المشرعين الداعمة للتحكيم؛ بغية تخفيف العبء الملقي على عاتق محاكم الدولة.

كذلك نجد أن الاتجاه الأنجلوأمريكي أمتد مفهوم الحصانة ليعمم على مؤسسات التحكيم، حيث أعترفت بعض التشريعات بحصانة مؤسسات التحكيم وعدم مسئولية هذه المؤسسات ومستخدميها عـن الأضـرار التـي تلحـق بالأطراف طالما لم تنشأ عن سوء نية.

ولعل في الأخذ بهذا الاتجاه أيضاً برأينا يدفع المؤسسات التحكيميـة إلى عدم بذل العناية والحذر المعقولين في إدارتها للعملية التحكيمية على نحو يضر بالعدالة وبمستقبل التحكيم، بل وبمستقل مؤسسات التحكيم ذاتها. فـإذا كانت التشريعات الحديثة تعترف للمحكم بالحصانة، فلا أقل مـن مـساءلة مؤسسات التحكيم، وهذا من شأنه الحفاظ على سمعة التحكـيم، وهـذا هـو المعيار الحقيقي لجذب التحكيمات وليس التسابق نحو إصدار التـشريعات أو الأحكام القضائية التي تجرد الأطراف من كافة الضمانات التي تكفل عدالـة الحكم. فمؤسسات التحكيم تقدم خدمات معينـة للأطـراف ومعظـم قواعـد

مؤسسات التحكيم تتضمن النص بوضوح على أن هذه المؤسسات يقتصر دورها على تنظيم وإدارة عملية التحكيم، وطالماً أن عمل هذه المؤسسات ذو طبيعة إدارية وتنظيمية، فمن الأوفق إعتبار عملها المتمثل في الإدارة والتنظيم خاضعاً لقواعد المسئولية المدنية، وهذا الأمر يستقيم مع الطبيعة التعاقدية للعلاقة بين الأطراف والمؤسسة التحكيمية والتي استحقت عنها هذه الأخيرة الأتعاب.

ونرى من البواعث التي تدفعنا أيضاً إلى انتقاد الحصانة المطلقة للمحكمين عدم إجازة معظم التشريعات الطعن بحكم التحكيم في الاستئناف لإصلاح الخطأ الذي قد يرتكبه المحكم كما أنه وفي ظل التشريعات التي تجيز رفع دعوى بطلان مبتدأه على حكم التحكيم لا تذكر من أسباب البطلان خطأ المحكم في تقدير الوقائع أو في تطبيق القانون. فماذا لو ارتكب المحكم خطأً جسيماً في هذا الشأن وترتب عليه ضياع حق من كان كل الحق في جانبه غير دعوى المسئولية؟

المبحث الرابع

مبررات تقرير مسئولية المحكم المدنية[1]

هناك حشد من المبررات التي تؤيد اقرار مسئولية المحكم من وجهة نظرنا، وهذه المبررات تكاتفت معا لتوضيح اهمية تقرير مسئوليتة، وأي منها في تقديرنا، كفيل وحده بتقرير مسئولية المحكم، ومن هنا ارتئينا ان نخصص مبحث مستقل لتحدث عن هذه المبررات، **وذلك على النحو الأتي:**

١. لا تتاح فرصة الطعن على حكم المحكم الا في حالات محدده، وغالبا ما ترفض أغلب الطعون، على نحو ما يشهد الواقع العملي، وبالتالي لا بد من تقرير مسئولية المحكم. ايضا هناك تشريعات لا تجيز الطعن بحكم التحكيم في الاستئناف لإصلاح الخطأ الذي قد يرتكبه المحكم، وبالتالي نرى أنه مبرر لتقرير مسئولية المحكم . كذلك ان ابطال الحكم لا يكفل جبر الاضرار الجسيمه التي تلحق بالاطراف، بل يعد في ذاته ضرراً واجب التعويض عنه، وبالتالي يصلح هذا لئن يكون مبررا لتقرير مسئولية المحكم.

٢. كذلك ان الدافع من وراء اللجوء الى التحكيم هو الثقه بالمحكم وفي عداله حكمه، وفي غياب قواعد المسئولية ليس هناك ما يضمن عدالة المحكم ، ولا يحول دون تحيزه واستبداله. فالصفه البشرية التي تجمع بين المحكمين توجد احتمالات للتحيز والاستبداد، وبصفه خاصه عندما يعين من قبل الغير. وهذا يقتضي حماية الاطراف وتعوضهم عندما يثبت ان المحكم ليس جديرا بهذه الثقه، فثقه الأطراف في المحكم

---

(١) راجع: د/ حميد محمد علي: المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضه العربيه، القاهره – ط١، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢، ص٢٤١.

يهدرها إهماله أو إساءة إستخدام سلطاته، وعلى ضوء ذلك فلا بد من تقرير مسئولية المحكم.

٣. كما أن غياب سبل الرقابة القضائية على عملية التحكيم، مبرر ليس فقط في تقرير مسئولية المحكم، بل ومضاعفة مسئولية عن مسئوليتة القاضي الذي يخضع للرقابة.

٤. كما أن اوجه الخطأ التي قد تنسب للمحكم عند إخلاله بالقواعد الإجرائية أو الموضوعية، تشكل خطأ مزدوجا، لما ينطوي عليه من إنتهاك للقواعد القانونية ومن ثم الإخلال بواجبه القانوني، بالإضافه الى الإخلال بإلتزاماته في مواجهة الأطراف. فما لم يكن المحكم أهلاً لاداء المهمة وأرتكب خطأ يؤثمها القانون، فان هذا يعد إخلالاً بالثقه التي دعت الاطراف الى إختياره، مما يقتضي التعويض عنه استقلالاً عن تصحيح هذه الاخطاء، وبالتالي يكون ذلك مبررا لتقرير مسئولية المحكم.

٥. كذلك لا يحتج بوجود نظام الرد والإقاله كجزاء رادع للمحكم، فاتاحه مكنه الإقاله او الرد لا تحول دون محاسبة المحكم عن اخطائة التي تستوجب رده، وايضا محاسبته عما تكبده الأطراف من مشقه وتكاليف في الدعوى، وفي طلب الرد. فالرد جزاء يلحق بالأطراف ضررا افدح مما يلحق بالمحكم، يضاف الى ذلك ان الرد لا يكون الا لخطا قانوني يبرر هذا الرد، وهذا في ذاته يستجب مساءلة المحكم. فلن يكون الرد الجزاء القانوني ما لم يقترن بدعوى المسئولية.

٦. كذلك لا يحتج بما يقال بشأن خشية احجام المحكمين عن ممارسة مهمة التحكيم اذا ما تقررت قواعد المسئولية، وإلا لتخلى الأطباء والمحامون

بل والقضاة عن مهامهم وما لم يحدث ولا يتصور حدوثه. بـل علـى العكس فمن اهداف تقرير دعوى المسئولية تحقيق الانضباط في مسلك المحكمين، ومن ثم فالمتصور ان يجتهد المحكـم تجنبـا للمـسئولية. والمحكم الكفء لن يخشى المسئولية، فمكانة المحكم وقدسـية مهمتـه تقتضي دفعه الى اداء العمل المنوط به على النحو الـذي يليـق بهـذا المركز ويجعله جديرا به دون تقصير او اهمـال، او غـش وتعمـد الأضرار، وهو ما لا يتأتى الا من خلال تقرير قواعد المسئولية. وهذا لا ينفي ان المحكم يمارس مهامة بدافع من ضميره في المقام الاول، الا ان مبدأ العقاب لا جدال بشأنه وإحتمال الخطـأ قائمـا، ولا ننكـر أن صعوبة الاثبات تشكل عقبة حقيقية أمام تحديد مسئولية المحكـم، وقـد تقف حائلا دون تقرير مسئوليتة، غير أن هذا لا يحول دون اقرار مبدأ المسئولية في ذاته ومحاولة تحديد نطاقة.

٧. كذلك أن المحكم يمارس مهنة يحقق من ورائها أرباحاً طائلة، ويجب ان يتحمل ما قد يلحق من غرم نتيجة لما اقترفته يداه، والمحكم الحـريص المؤهل لهذه المهمة سينجو من المساءلة، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من تقرير مسئولية المحكم.

٨. إن إعفاء المحكم من المسئولية عن أية أخطاء يرتكبها بدافع الرغبة في تخفيف العبء عن كاهل المحكمين وتوفير منـاخ مـستقر لممارسـة مهامهم، لا يمنع المحكمين من الإهمال واللامبالاة وبالتالي لا بد مـن تقرير قواعد مسئوليته.

٩. كذلك ان تقرير الحصانة المطلقة للمحكمين من شأنها أن تـؤدي إلـى إحجام الأفراد عن اللجوء إلى التحكيم بوصـفه أسـلوباً بـديلاً لحـل

منازعاتهم. وبالتالي ستبدو عملية التحكيم في نظرهم عملية غير مأمونة ومحفوفة بالمخاطر، وبالتالي لا بد ن تقييد هــذه الحــصانه المطلقــه ووضع قواعد تقرر مسئولية المحكمين.

١٠. كذلك أن تقرير حصانة مؤسسات التحكــيم وعــدم مــسئولية هــذه المؤسسات ومستخدميها عن الأضرار التي تلحــق بــالأطراف يــدفع المؤسسات التحكيمية إلى عدم بذل العناية والحذر المعقولين في إدارتها للعملية التحكيمية على نحو يضر بالعدالة وبمــستقبل التحكــيم، بــل وبمستقل مؤسسات التحكيم ذاتها، وبالتالي لا بد من تقييد حصانه هــذه المؤسسات وتقرير قواعد مسئوليتها.

الفصل السادس

دور سلطان الإراده في تعديل أحكام المسئولية المدنية للمحكم

نتناول دور الإرادة في مجال إنشاء وتعديل أحكام المسئولية المدنية للمحكمين في ثلاثة مباحث: نناقش في المبحث الأول، اشتراط الإعفاء من المسئولية وتحديدها في ضوء القوانين الوطنية كالقانون المصري والاردني والفلسطيني، ونتناول في المبحث الثاني، إشتراط الإعفاء من المسئولية في ضوء مؤسسات التحكيم النظامية، ونتناول في المبحث الثالث، التأمين على مسئولية المحكم.

المبحث الأول

شرط الإعفاء من المسئولية في القوانين الوطنية

يقصد بشرط الإعفاء من المسئولية، بأنه الشرط الذي يؤدي الى رفع المسئولة عن المدين، حيث لا يعد المدين بموجبه مسئولاً في حين انه يكون مسئول وفقا للقواعد العامه. وبالقياس على شرط الإعفاء من مسئولية المحكم، نعرفه بأنه الشرط الذي يؤدي الى رفع المسئولية عن المحكم او تحديد مداها قبل وقوع الضرر وذلك بالإتفاق بين المحكم وأطراف العلاقة التحكيمية. كأن يتفق المحكم مع الخصوم على عدم مسئوليته عن الضرر الذي يحدث نتيجة أي خطأ يرتكبه، وهذا هو الإتفاق على الإعفاء من المسئولية.

ولتوضيح هذا الشرط ارتئينا ان نقوم بدراسته من خلال ثلاثة فروع: نتناول في الفرع الأول، جواز الشرط المعفي من المسئولية الشخصية، أما

في الفرع الثاني، سأقوم بدراسة الشرط المعفي من المسئولية الشخصية في حالتي الغش والخطأ الجسيم، أما في الفرع الثالث، سنبحث في الشرط المعفي من المسئولية عن خطأ الغير، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: جواز الشرط المعفي من المسئولية الشخصية:

إزاء خلو قانون التحكيم المصري من نص يقرر بطلان أو صحة شروط إعفاء المحكم من المسئولية، فإننا نعتقد أن شروط الإعفاء من المسئولية عن أخطاء المحكم في النظام القانوني المصري تعد باطلة، وذلك بالاستناد إلى نصوص من القانون المدني المصري.

حيث نص المشرع المصري صراحه على جواز الشرط المعفي من المسئولية العقدية([1]) ،حيث جاء في الفقره الثانية من الماده ٢١٧ من القانون المدني المصري "وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه وخطئه الجسيم...." ([2]) . ويتبين من النص السابق انه: يستثنى من إعفاء المدين

---

(١) لا تجيز مجلة الاحكام العدلية شرط الاعفاء من المسئولية العقدية، ذلك ان الشروط المعتبره في مجلة الاحكام هي " الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد كالبيع بشرط تسليم المبيع على البائع وشرط الثمن على المشتري، وهذا الشرط نصت عليه الماده ١٨٦ من مجلة الاحكام العدليه. أما بالنسبة للشرط الثاني، فهو الشرط الذي يؤيد العقد، كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل بالثمن. وهذا الشرط نصت عليه الماده ١٨٧ من المجلة. أما الشرط الثالث فهو الشرط المتعارف عليه، وهذا ما نصت ليه الماده ١٨٨ من المجلة.

(٢) حكم هذه الماده تقارب حكم الماده ٢٣٨ من مشروع القانون المدني الفلسطينين وحكم الماده ٢٥٩ من القانون المدني العراقي.

حالتي الغش والخطأ الجسيم، مما يعني انه لا يجوز شرط الإعفاء ايضا في الأحوال التي يكون فيها الخطأ اكثر من جسيم، مثال ذلك ما يسمى بالخطأ غير المغتفر المعروف لدى الفقه والقضاء الفرنسيين(1) ، أما في غير ذلك من الأحوال يجوز شرط الإعفاء بموجب نصوص قانونية، إلا ان الفقه يضيف حالة أخرى لا يجوز فيها الإعفاء، وهي حالة الاضرار الجسدية(2) .

كذلك يستفاد من النص، بأن الإتفاق على الاعفاء يكون من ركن الخطأ فقط، فقد جاءة عبارة النص حاسمه في هذا الصدد، حيث استعمل المشرع عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي، أي أن شرط الإعفاء يجب ان يرد عدم التنفيذ، اما ورود الشرط على ركن الضرر، فان ذلك يعني ايجاد تنازع بين نظام الإعفاء ونظام التعويض(3) .

وبقياس ما ورد في النصوص السابقه بالنسبة للإعفاء من المسئولية العقدية على شرط الإعفاء من المسئولية للمحكم، يتضح لنا ان المشرع المصري أجاز شرط الإعفاء من المسئولية، وبالتالي يكون إتفاق المحكم مع الخصوم

---

(1) يقصد بالخطأ غير المغتفر هو الخطأ االفاحش الذي يبلغ في جسامته حدا لا يعلوه خطأ ويكاد يصل الى حد الغش لولا ان الحدود تدرأ بالشبهات. في تفصيل هذا التعريف: راجع: د/ محمد السعيد رشدي: الخطأ غير المغتفر سوء السلوك الفاحش والمقصود،الكويت، مطبوعات جامعة الكويت،ط1، 1995، ص74 وما بعدها . وراجع ايضا:أ/ احمد سليم فريز نصرة: الشرط المعدل للمسئولية في القانون المدني المصري ، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2006، ص69.

(2) راجع: د/عبد الناصر العطار: مصادر الالتزام، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص155.

(3) راجع: في ذلك: احمد سليم فريز النصره: الشرط المعدل، مرجع سابق، ص69 وما بعدها.

على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي صحيحا([1]) ، إلا أنه لا يجوز للخصوم اعفاء المحكم في حالتي الغش والخطأ الجسيم، كذلك لا يجوز شرط الأعفاء ايضا بين المحكم والخصوم في الأحوال التي يكون فيها الخطأ اكثر من جسيم، مثال ذلك ما يسمى بالخطأ غير المغتفر المعروف لدى الفقه والقضاء الفرنسيين، كما عرفناه سابقا.

إزاء خلو قانون التحكيم الفلسطيني من نص يقرر بطلان أو صحة شروط إعفاء المحكم من المسئولية، فإننا نعتقد أن شروط الإعفاء من المسئولية عن أخطاء المحكم في النظام القانوني الفلسطيني تعد باطلة وذلك بالإستناد إلى مجلة الأحكام العدلية المطبقه في فلسطيني([2]) ، والى مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وبالرجوع الى مشروع القانون المدني الفلسطيني نجد انه نص على جواز شرط الاعفاء من المسئولية في الفقره الاولى من الماده ٢٣٨ حيث جاء فيها:" يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه....". وقد برر وضعوا المذكرات الايضاحيه لمشروع القانون المدني اخذهم بشرط الاعفاء بناء على مبدأ سلطان الاراده، حيث جاء في المذكره الإيضاحية للماده المذكوره:" استنادا الى مبدأ من يملك الانشاء يملك التعديل او الانهاء". ويلاحظ ان هذا

---

(١) ان شرط الاعفاء يجب ان يرد عدم التنفيذ، اما ورود الشرط على ركن الضرر، فان ذلك يعني ايجاد تنازع بين نظام الاعفاء ونظام التعويض.

(٢) راجع نصوص المواد ١٨٦،١٨٧،١٨٨ من مجلة الاحكام المدنية، مشار اليهم سابقا..

النص جاء مختلف عن نص الفقره الثانية من الماده ٢١٧ من القانون المدني المصري، واوجه الخلاف نجملها على النحو التالي:

ورد في نص المشروع " إعفاء المدين من تعويض الضرر، فيما ورد في المدني المصري" اعفاء المدين من اية مسئولية. وأورد في هذا السياق ملاحظين([1]) :

الملاحظه الأولى:

فيما يتعلق بهاتين العبارتين ارى ان القانون المدني المصري كان اكثر دقه، حيث انه اقام وزن للفرق بين الاعفاء من المسئولية، وبين الاعفاء من التعويض، فالاعفاء من المسئولية غير الاعفاء من التعويض .

الملاحظه الثانية:

ان الحكم الوارد في المشروع على هذا النحو ينسجم مع أحكام مواد المشروع أخرى، حيث تنص الفقره الثالثة من الماده ٢٤١ من المشروع الفلسطيني:" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما"([2]) . وهو حال المدني المصري ايضا، فاللغش والخطأ الجسيم ذات الاثر على اتفاقات الاعفاء من المسئولية واتفاقات التعويض.

---

(١) راجع: في ذلك: احمد سليم فريز النصره: الشرط المعدل، مرجع سابق، ص٧٠.

(٢) حكم هذه الماده يطابق المادتين ٢٢٤، ٢٢٥ من القانون المدني المصري ، وحكم الماده٢٢٦ من القانون المدني السوري، وحكم المادتين ١٨٤، ١٨٥ من القانون المدني جزائري، وحكم الماده ٣٢١ من القانون العربي الموحد.

كما أن نص المشروع جاء اثر تفصيلا في تحديد موطن الإعفاء " عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كليا او جزئيا او بسبب تنفيذه تنفيذا معيبا او تأخر فيه" فيما جاء النص المصري اكثر اقتضابا في هذه المسألة "، عدم تنفيذ التزامه التعاقدي"، وأرى ان المشروع لم يغرق في تفسير الخطأ العقدي فحسب- وهذا امر يجب تلافيه في صياغة الشريع- بل ابعد من ذلك- قيد يد القاضي الى بعد حدود، فالنص يشير الى جواز الاعفاء عن عدم التنفيذ كليا.

وهذا الصياغه في اعتقادنا لا تترك للقاضي استبعاد مثل هذا الشرط في الاحوال التي يكون فيها الاعفاء شاملا للمسئولية عن الالتزامات الرئيسة في العقد، ولا يعني قولنا هذا ان النص المصري جاء موفقا في صياغته بل يعاني هو كذلك الصياغه الضعيفه نفسها التي تؤدي الى اعفاء المدين عن الالتزامات الرئيسية في العقد، وهو امر يهدر الالتزام ويجعله متوقفا على ارادة المدين وهو ظاهر النص، الا ان القاضي - بإعتقادي- في ظل نص الماده ٢١٧ يستطيع ان يفسره تفسيراً ضيقا، بحيث لا يهدر، العلاقه العقدية ، ويلزم بالتالي المدين بالمسئولية عن الالتزامات الرئيسية على الاقل.

وقد ذهب القضاء المصري الى جواز شرط الاعفاء من المسئولية العقدية، فقضت محكمة النقض المصرية بأنه :" لما كان النص في الماده ٢١٧ من ذات القانون على انه -١....-٢ وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء لمدين من اية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه او خطئة الجسيم"، مؤداه أنه - في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم- يجوز الإتفاق بين طرفين عقد الوكاله على حق الموكل في عزل الوكيل في اي وقت دون ان يكون مسئولا قبله عن اي تعويض ويعد هذا الاتفاق وارد على

الاعفاء من مسئولية عقدية مما يجوزه القانون[1] .

وبقياس ما ورد في النصوص السابقه بالنسبة للاعفاء من المسئولية العقدية على شرط الاعفاء من المسئولية للمحكم. يتضح لنا ان المشرع الفلسطيني ايضا اجاز شرط الاعفاء من المسئولية، وبالتالي يكون اتفاق المحكم مع الخصوم على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي صحيحا[2] ، الا انه لا يجوز للخصوم اعفاء المحكم في حالتي الغش والخطأ الجسيم، كذلك لا يجوز شرط الاعفاء ايضا بين المحكم والخصوم في الاحوال التي يكون فيها الخطأ اكثر من جسيم، مثال ذلك ما يسمى بالخطأ غير المغتفر المعروف لدى الفقه والقضاء الفرنسيين[3] .

أما بالنسبة للأردن فلم يرد نص في القانون المدني الاردني يقرر بطلان أو صحة شروط الإعفاء من المسئولية التعاقدية، ومع ذلك اعترف المشرع الأردني بجواز الإعفاء من المسئولية العقدية في بعض الحالات، كما في شرط الإعفاء من ضمان العيب الخفي في عقد البيع[4] وعقد

---

(١) الفقره الرابعه من الطعن رقم ٠٧٣١ لسنة ٦٠ بتاريخ ١٩٩٤\١٢\٢٥ المكتب الفني٤٥. كذلك الفقرة الخامسة من الطعن رقم ٠٧٣١ لسنة ٦٠ بتاريخ ١٩٩٤\١٢\٢٥ المكتب الفني ٤٥.

(٢) ان شرط الاعفاء يجب ان يرد عدم التنفيذ، اما ورود الشرط على ركن الضرر، فان ذلك يعني ايجاد تنازع بين نظام الاعفاء ونظام التعويض.

(٣) ننوه الى ان المشرع الفلسطيني سار على نهج المشرع المصري والأردني بهذا الموضوع.

(٤) نصت المادة ٥١٤ من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يكون البائع مسئولاً عن العيب القديم في الحالات التالية: ... ٤- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنع من الإطلاع على العيب. حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ٤٦٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني-

الإيجار[1] وأبطل مثل هذه الشروط في حالات أرى، كما في حالة شـــرط إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه[2] .

وإزاء خلو قانون التحكيم الأردني من نص يقرر بطلان أو صـــحة شـــروط إعفاء المحكم من المسئولية، فإننا نعتقد أن شروط الإعفاء من المسئولية عن أخطاء المحكم في النظام القانوني الأردني تعد باطلة وذلك بالاستناد إلى نص المادة (٣٦٤) من القانون المدني حيث جاء نصها على النحو التـــالي:" ١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون". ٢-ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال

= كما يطابق حكم المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري، و حكم المادة ٣٧٩ من القانون المدني الجزائري، كما يطابق حكم المادة ٣٣٩ من مجلة الأحكام العدلية وحكم المـــادة ٥٢٥ من مرشد الحيران (فقه حنفي) وحكم المادتين ٤١٥ و ٤١٦ من القانون المدني السوري.

(١) نصت المادة ٦٨٩ من القانون المدني الأردني على أنه: "كل اتفاق يقضي بالإعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلاً إذا كان المؤجر قد أخفي عن غش سبب هذا الضمان". وحكـــم هذه الماده يقارب نص انماده ٦٣٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني كما يتقارب حكـــم هذه المادة مع المادة ٥٧٨ من القانون المدني المصري، ومع حكم الماده المـــادة ٤٩٠ مـــن القانون المدني الجزائري، و حكم المادة ٥٤٦ من القانون المدني المصري (مطابق) و حكـــم المادة ٥٧٧ من القانون المدني الليبي، وحكم المادة ٧٥٩ من القانون المدني العراقي (وهمـــا متطابقتان) و حكم المادة ٥٦١ من قانون الموجبات اللبناني وهي متطابقة.

(٢) نصت المادة ٧٩٠ من القانون المدني الأردني على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه". وحكم هذه الماده يقارب نص الماده ٧٤٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني كما تتطابق هذه المادة حكم المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري، وحكم المادة ٥٥٦ من القانون المدني الجزائري، وحكم المادة ٧٤٣ من مـــشروع القانون المدني العربي الموحد، وحكم المادة ٦١٩ المدني السوري، وحكم المادة ٦٥٢ مـــدني ليبي، ويتوافق مع حكم المادة ١/٨٧٠ مدني عراقي وحكم المادة ٦٦٩ من قانون الموجبـــات والعقود اللبناني.

بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

ويتضح من صياغة هذا النص: أن المشرع الأردني أجاز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ومنح للمحكمة سلطة تعديل هذا الاتفاق بناء على طلب أحد الطرفين، بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، وأبطل كل اتفاق يخالف ذلك. فهذه المادة كما يرى جانب من الفقه([1]) تجيز شروط تحديد المسئولية لكنها لا تجيز شروط الإعفاء منها.

ويلاحظ أن نص المادة (٣٦٤) يجعل شروط تحديد المسئولية عديمة الجدوى حين يجيز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل الاتفاق المحدد للمسئولية بما يجعل تقدير التعويض مساوياً للضرر بما أن لأحد الطرفين دائماً مصلحة في تعديل هذه الشروط([2]) . فطالما أن المشرع قد أجاز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان في العقد أو في اتفاق لاحق، وأجاز للمحكمة التدخل لجعل التعويض مساوياً للضرر، فإنه ومن باب أولي تكون إرادة المشرع قد انصرفت إلى عدم إجازة شروط الإعفاء من المسئولية.

---

(١) راجع: د/عزيز العكيلي: شرح القانون التجاري، الدار العلمية الدولية ومكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠١، ص ٣٤٣.

(٢) راجع: د/ أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ج١، ط١، ١٩٨٧، ص ٣٩٥.

وعلى ضوء ذلك يتضح لنا ان المشرع ايضا اجاز شرط الاعفـــاء مـــن المسئولية، كما بينا اعلاه ،وبالتالي يكون اتفاق المحكم مع الخـــصوم علـــى الإعفاء من المسئولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي صحيحا، الا انه لا يجوز للخصوم اعفاء المحكم في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

ثانياً: الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم:

لقد تبنى المشرع المصري الإتجاه الذي يرفض إتفاقات الإعفـــاء مـــن المسئولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فقد جاء في الفقرة الثانية من القانون المدني المصري: " يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منـــه" . وهـــذا الموقـــف تبنـــاه مشروع القانون المدني الفلسطيني ايضا([1]) ، والقانون المدني الأردني([2]) .

ويذهب الشراح الى تبني هذا النهج، فهناك إجماع على عدم جواز الإتفاق على الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العمد (الغش) والخطأ الجسيم([3]) . ويأخذ

---

(١) نصت الفقره الثانية من الماده ٢٣٨ على انه :"يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

(٢) منعا للتكرار، أنظر المواد ٥١٤ و ٦٨٩ و ٧٩٠ من القانون المدني الأردني، السالف ذكرها في هذا البحث.

(٣) راجع : د/ انور سلطان: مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامـــه فـــي الالتـــزام، دار النهضه العربية للطباعه والنشر، بيـــروت، ١٩٨٣، ص٤٠٦. ووراجـــع ايـــضا: د/ انـــور العمروسي: المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، –

الخطأ الجسيم حكم الغش، رغم أن الأول خطأ غير عمدي، وذلك خوفا من تستر المدين وراء الخطأ الجسيم إخفاء لنية الإضرار بالدائن، هذا من جهة، ومن جهة ثانية حتى يفرض على المدين حداً ادنى من العناية في المعاملات إعمالاً لمبدأ حسن النية([1]) .

وقد ذهب القضاء المصري الى مساواة الخطأ الجسيم بالغش في أحكام عديدة، ورتبت على الخطأ الجسيم تغيير وصف المسئولية، فإذا ثبت أن الخطا العقدي كان جسيماً اصبح اساس مسئولية المدين تبعا لذلك مسئولية تقصيرية.

حيث قضت محكمة النقض في إحد أحكامها : " فانه لا يخرج مسئولية المؤجر– في خصوص هذا الإلتزام– عن طبيعتها ولا يحيلها الى مسئولية تقصيرية وذلك مالم يثبت ان المؤجر ارتكب خطأ جسيماً أو غشاً أو أعلا يؤثمه القانون على النحو السابق بيانه"([2]) .

ونرى ان موقف المحكمة، جانب الصواب في ارساء مثل هذه

= الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٧. وراجع : د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، في الاحكام العامه، القسم الاول، مجلد١،ج١، ط٥، ١٩٩٢، ص٤٠٦. وراجع :د/ عدنان ابراهيم السرحان و/د نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية" الالتزامات دراسة مقارنه، الدار العلمية الدولية ودار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، ط١ ، ٢٠٠٢، ص٣٣٤.

(١) راجع: د/ حسام الدين الاهواني: النظرية العامه للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، ط٢، ١٩٩٥، ص٤٦٦.

(٢) راجع: الفقره الثانية من الطعن رقم ٠٢٨٠ لسنة ٣٤ بتاريخ ١٩٦٨\١٤\١٦ المكتب الفني ١٩.

القاعدة التي تنقل الخطا الجسيم الى مصافي الخطا التقصيري، لأن الخطأ الجسيم يتصور في إطار العلاقة العقدية، فلا مبرر في إضفاء هذا الوصف عليها دائما([1]) .

أما فيما يتعلق بالغش في العقد، لا يشترط فيه نية الإضرار فيكفي فيه نية عدم التنفيذ، ويبدو ان محكمة النقض المصرية وعلى نقيض قول تنظر الى الغش بانه قصد الاضرار الى جانب نية عدم التنفيذ، ولذل فهي دائما تجعله في اطار المسئولية التقصيرية، حيث قضت محكمة النقض المصرية بانه :" اذا كان من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يجوز الاخذ باحكام المسئولية التفصيرية في دعوى التعويض التى يرتبط فيها المضرور مع المسئول عنه بعلاقة عقدية سابقة كما يترتب على الأخذ باحكام المسئولية التصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذ مما يخل بالقوة الملزمة الا ان ذلك رهين بعدم ثبوت ان الضرر الذي لحق باحد العاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الاخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحق به في حقه اركان المسئولية التقصيرية تاسيساً على انه اخل بالتزام قانوني اذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقد او غير متعاقد وان استخلاص عناصر الغش وتقدير ما يثبت به من عدمه في حدود السلطة التقديرة لمحكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك ما دانت الوقائع تسمح به"([2]) .

---

(١) راجع في ذلك: احمد سليم فريز النصره: الشرط المعدل، مرجع سابق، ص٧٨.

(٢) راجع: الفقره الرابعه من الطعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ بتاريخ ١٤١٤·١٩٩٠ المكتب الفني ٤١.

وتأسيساً على ما سبق ذكره، بخصوص شرط الإعفاء من المسئولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وبالقياس على شرط إعفاء المحكم من المسئولية، يتضح لنا بأن المشرع المصري والفلسطيني([1]) والأردني يرفضا إتفاقات الإعفاء من المسئولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وبالتالي فإن مثل هذا الإتفاق بين المحكم والخصوم في العملية التحكيمية يقع باطلا لمخالفته نصوص القانون المدني وقواعده الأمره. وبالتالي لا يجوز اعفاء المحكم من اية مسئولية اذا وقع منه غش او خطأ جسيم، كذلك لا يجوز إعفاء المحكم من المسئولية في حالة عدم قيام المحكم بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو القانونية نتيجة غشه أو قام بتنفيذ هذه الإلتزامات ولكنه أرتكب خطأ جسيم.

ثالثاً: شرط الإعفاء من المسئولية عن أخطاء الغير:

تقوم مسئولية المدين عن فعل الغير إذا توافر شرطان([2]) :**الأول**: وجود عقد صحيح بين المدين والدائن، فإذا كان العقد باطلا فقواعد المسئولية التقصيرية هي الواجبة الاتباع. **والثاني**: أن يكون المدين قد عهد الى الغير تنفيذ العقد، أو ان يكون الغير مكلفا بموجب الإتفاق أو القانون تنفيذ العقد .

وبالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري، نجد أن مسئولية المدين العقدية عن خطأ الغير مقررة ضمنا

(١) منعا للتكرار، انظر المواد ١٨٦ و ١٨٧ و ١٨٨ من مجلة الأحكام العدلية المطبقه السالف ذكرها في هذا البحث.

(٢) راجع: د/عبد الرشيد مأمون: المسئولية عن فعل الغير، دار النهضه العربية، القاهره، ١٩٨٦، ص٤٢ وما بعدها.

بمقتضى المادة السالف ذكرها، حيث جاء فيها :" يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه(1)". ويفيد هذا النص انه يجوز ان يشترط المدين الإعفاء من المسئولية التي تترتب على أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ولو كانت تلك الأخطاء جسيمة أو صادرة عن غش.

إن أول ما يقال عن هذا النص انه: لا يجيز الإتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية عن أخطاء الغير التي من المفروض ان يكون المدين مسئولاً عن اخطائهم، وغنما يجيز الغتفاق على الإعفاء من أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه فحسب. وبهذا القول نحن نخالف غالبية الشراح- مع الاحترام- الذين قالو ان النص يسمح بالاتفاق على الاعفاء عن اخطاء الغير في المسئولية العقدية- مطلقا – في حالتي الغش والخطأ الجسيم(2) .

---

(1) حكم هذه الماده يطابق حكم الفقره الثانية من الماده ٢٣٨ من المشروع المدني، حيث نصت على انه :"يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

(2) من هذا الرأي: انور سلطان: الموجز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٦٤. راجع ايضا: د/عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه علم ، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت ،ج١، دون سنة نشر،ص٦٧٦ وما بعدها. –

وأوضح ذلك بالقول، ان الغير الذين يعد المدين مسئولا عن أخطائهم لا ينحصرون في من يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، حيث ان الغير المسئول عنهم المدين في العقد ثلاثة : إما ان تكون مسئولية قائمة عنهم بنص القانون، وهذا هو حال المؤجر، واما ان تكون مسئولية عنهم قائمة على نية الاطراف أو ما سبق ووصفته محكمة النقض (طبيعة العقد) ، والحالة الثالثة هي التي وردت في الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري، وهي الحالة التي يكون فيها الغير عبارة عن مستخدم في تنفيذ العقد.

ونرى أن النص جاء قاصراً على (من يستخدمهم في تنفيذ التزامه) دون غيرهم، فالأصل – كما يتضح من النص – عدم جواز الاتفاق على الاعفاء في حالتي الغش والخطا الجسيم ، عندما جاء المشرع بالاستثناء المتعلق (بمن يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه) فيجب عدم التوسع فيه ولا القياس عليه وبالتالي لا يجوز تحميل النص فوق ما يحتمل.

وباعتقادي فإن موقف المشرع منتقد حتى في إجازة فيما يتعلق بالمستخدمين في حالتي الغش والخطا الجسيم، وذلك للاسباب التالية[1] :

١. ان المدين لا يستطيع غعفاء نفسة في حالتي الغش والخطأ الجسم، ولما كان الخطأ الصادر من الغير صادرا عنه، فلا مبرر إذا من السماح بإشتراط هذا الشرط فيما يتعلق بالغير.

- راجع ايضا: سليمان مرقس: الوافي، مرجع سابق ، ص٦٤٤. وراجع في ذلك: احمد سليم فريز النصره: الشرط المعدل، مرجع سابق، ص٨١.

(١) راجع في ذلك ايضاً: احمد سليم فريز النصره: الشرط المعدل، مرجع سابق، ص٨٢.

٢. إن مثل هذا الاتفاق يؤدي الى إهمال المدين في اختيار مستخدميه الذين يستخدمهم في تنفيذ عقدي مما قد يؤدي الى نتائج تتعارض مع النية المفترضة للإطراف القاضية باحترام التزاماتهم .

٣. ان تقرير هذا الجواز بنص قانوني يؤدي الى تكبيل يد القاضي حين النطر في مدى تعسفية شرط الإعفاء لانه لا اجتهاد في مورد النص .

٤. مثل هذا الجواز يمنح الطرف سيء النية مجالا للتهرب من التزاماته.

٥. قد يلجا المتعاقد الى تنفيذ التزاماته عن طريق الغير- غالباً وذلك من اجل التهرب من المنع الوارد في الفقرة الثانية من المادة(٢١٧) مصري والفقرة الأولى من المادة (٢٣٨) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وتأسيساً على ما سبق ذكره، بخصوص شرط الاعفاء من المسئولية عن خطأ الغير، وبالقياس على شرط إعفاء المحكم من المسئولية، يتضح لنا بأن المشرع المصري والمشرع الفلسطيني والأردني يجزا الإتفاق بين المحكم والخصوم على إعفاءه من تعويض الضرر الناشئ عن عدم بتنفيذ التزامه التعاقدي كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، ومع ذلك يجوز للمحكم أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وبمعنى اخر، يجوز ان يشترط المحكم الاعفاء من المسئولية التي تترتب على اخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ولو كانت تلك الاخطاء جسيمة او صادرة عن غش.

كذلك، وقبل أن ننتهي من هذا المبحث لا بد لنا من معالجه شرط الإعفاء من المسئولية التقصيريه، حيث تنص المادة (٢١٧) **من القانون**

المدني المصري على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع". كذلك تنص المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع". كذلك نص **القانون المدني الاردني في** المادة (٢٧٠) منه على انه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار". كذلك تنص الماده ١٩٠ من مشروع **القانون المدني الفلسطيني** على انه:"يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسئولية المترتبة على الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد هذه المسئولية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

يتضح من هذه النصوص السالف ذكرها بأنه يبطل أي اتفاق أو شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء نشأ الضرر عن عمد أن عن خطأ جسيم أو يسير، وسواء نشأ الضرر عن الفعل الشخصي أم عن فعل من يسأل عنهم. والتالي لا يجوز بجميع الأحول الإتفاق بين المحكم والخصوم على الإعفاء من المسئولية عن الفعل الضار أو العمل الغير مشروع الذي قد يصدر عن المحكم، وكل اتفاق بين المحكم والخصوم على الاعفاء من المسئولية الناتجه عن الفعل الضار يقع باطلاً، وهذا ما بينته التشريعات السالف ذكرها أعلاه.

ومن الجدير بالذكر أن الإتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية أو التخفيف منها نادر الوقوع في روابط المحكم في الخصوم، وذلك في تحكيمات الحالات الخاصة، بحسبان أن المحكم الذي يضع الأطراف كل ثقتهم فيه عند تعيينه يضع نفسه في موقف حرج عندما يطرح موضوع

إعفائه من المسئولية في هذا الوقت؛ إلا أن من شأن طرح أو إثارة هذا الموضوع أن يدفع الأطراف إلى إعادة تقييم هذه الثقة في الوقت الذي يكون فيه المحكم بحاجة إلى استقطاب كل ثقة الأطراف به.

المبحث الثاني
شرط الإعفاء من المسئولية
في مؤسسات التحكيم النظامية

تناولنا في المبحث الأول شرط الإعفاء من المسئولية في القوانين الوطنية (المصري، الأردني، الفلسطيني)، واوضحنا هذا الشرط بالتفصيل، لكننا في هذا المبحث، سنتناول شرط الإعفاء من المسئولية في مؤسسات التحكيم النظامية، حيث ان موضوع شرط الغعفاء من المسئولية مثار فعلاً في تحكيمات مؤسسات التحكيم النظامية التي تعفي أنظمتها المؤسسة والمحكم من كل مسئولية.

فالمادة (٣٤) من **نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية**([1]) ، تنص تحت عنوان "الإعفاء من المسئولية" على أنه: "لا يكون المحكمون، والهيئة أو أعضاؤها، وغرفة التجارة الدولية أو موظفوها، أو اللجان الوطنية لغرفة

---

(١) المعدل والساري المفعول اعتباراً من ١٩٩٨/١١. حيث نصت المادة ٢١ من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أنه: "يتمتع الرئيس وأعضاء المجلس الإداري والأشخاص الذين يعينون كأعضاء في لجنة توفيق أو محكمة تحكيم طبقاً للفقرة (٣) من المادة ٥٢ وأعضاء وموظفو السكرتارية بالحصانات والامتيازات الآتية :" أ- الحصانة من الإجراءات القانونية بالنسبة ما يقومون به من أعمال تأدية لوظائفهم، إلا إذا تنازل المركز عن هذه الحصانة...".

التجارة الدولية مسئولين تجاه أيّ كان عن أي واقعة عمل أو امتناع يتعلق بأي تحكيم".

وتنص المادة (٤٠) من قواعد تحكيم **مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي** على أنه: "لا يعد أي من المحكمين أو المركز أو أي من أعضاء مجلس إدارته أو موظفه مسئولاً إتجاه أي شخص عن أي فعل أو عدم فعل فيما يتعلق بأية وسيلة من وسائل حسم المنازعات أو إجراءاتها".

كما تنص المادة (٢٤) من نظام **مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربي** على أنه "يتمتع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة وأمين عام المركز وأعضاء هيئة التحكيم وأعضاء سكرتارية هذه الهيئة بالحصانات **الآتية**: أ- الحصانة ضد أي إجراء قانوني وذلك عند ممارستهم لأعمال وظائفهم، إلا إذا قرر المركز التخلي عن هذه الحصانة بقرار من مجلس الإدارة...".

كما تنص المادة (٢٥) من **نظام التحكيم البحري الخاص بمؤسسة طوكيو للتحكيم البحري** لسنة ١٩٩٦ على تمتع المؤسسة والمحكمين بالحصانة من المسئولية فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وقرار التحكيم(١) . وبالمقابل، نجد أن بعض أنظمة مؤسسات التحكيم تعفي المؤسسة والمحكمين من المسئولية باستثناء الأخطاء المتعمدة أو المقصودة، كما في **نظام محكمة**

---

(١) راجع موقع المؤسسة:
http://www. jseinc.org/en/bulletin/bull.../revision of rules. ht 26 / 06 / 2001.

لندن للتحكيم الدولي (L.C.I.A) ([1]) ونظام مؤسسة التحكيم الأمريكية (AAA) ([2]) ، حيث تنص المادة (٣١/١) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي على أنه: "لا تكون محكمة لندن للتحكيم (وتشمل هذه العبارة الرئيس، ونواب الرئيس والأعضاء، والكاتب، أو نائب الكاتب، وأي محكم وأي خبير عينته أية محكمة تحكيمية) مسئولين تجاه أي طرف عن أي عمل أو إغفال يتعلق بأي تحكيم حاصل وفقاً لهذا النظام، باستثناء ما إذا أثبت الطرف المعني أن العمل أو الإغفال جاء نتيجة لتصرف خطأ من قبل أحد الأشخاص، وذلك بعلمه وإدراكه فيكون عندها مسئولاً عن هذا العمل تجاه الطرف المعني".

كما تنص المادة (٣٦) من **نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم**([3]) على أنه: "لا يجوز لأحد الأطراف ملاحقة المؤسسة الأمريكية للتحكيم أو المحكمين عن نتائج الأعمال أو الإغفالات المرتكبة خلال إجراءات تحكيمية جرى التحقيق فيها وفقاً لهذا النظام مع مراعاة أنه يمكن أن تكون المؤسسة الأمريكية للتحكيم أو المحكمين مسئولين إتجاه أحد الأطراف عن نتائج الأخطاء المعتمدة أو المقصودة".

ويلاحظ على هذه النصوص أنها شملت مؤسسات التحكيم والمحكمين الذين تعينهم هذه المؤسسات بالحصانة من دعاوى الضرر، وإن اختلفت في مدى

---

(١) London Court of International Arbitration.

(٢) American Arbitration Association.

(٣) بعد تعديله ودخوله حيز التنفيذ في ١٩٩٢/٥/١.

تلك الحصانة. ففي حين تعفي المادة (٣٤) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية المحكمين من كل مسئولية، نجد أن المادة (١/٣١) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي والمادة ٣٦ من نظام تحكيم المؤسسة الأمريكية للتحكيم تحمل المؤسسة أو المحكمين المسئولية الناشئة عن الأخطاء المعتمدة والمقصودة. وفي تقديرنا أن مثل هذه النصوص لا تنسجم وما يجب أن تهدف إليه المسئولية المدنية، ذلك لأن من **شأنها تحقيق غايتين:**

أولهما، غاية تعويضية تتمثل بتعويض المضرور على حساب المسئول.

وثانيهما، غاية تربوية تهدف إلى رفع مستوى مؤسسات التحكيم وإدراك أعضائها أهمية دورهم في تحقيق العدالة والمصلحة العامة والقضاء على بوادر الإهمال واللامبالاة التي قد تتصف بها بعض مؤسسات التحكيم، خاصة أن بعضها يقرر حصانة مطلقة ويعفي المؤسسة والمحكمين من كل مسئولية حتى من الأخطاء المعتمدة.

ولا ينسجم هذا المسلك مع المبدأ المستقر فقهاً وقضاءً وتشريعاً والمتمثل في عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية في حالتي الخطأ الجسيم والغش[1]، في التشريعات التي تجيز الإعفاء من المسئولية

(١) راجع: د/عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ج١، ١٩٩٧، ص٦٧٦. وراجع : سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، مصر الجديدة، ١٩٨٨، ص ٦٣٩ وما بعدها. وراجع ايضا: د/محمود جال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة ، ط٣، ١٩٧٨، ص٣٩٣. وراجع ايضا: د/ أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٣٨٦. وراجع: د/حسين عامر -

العقدية. ويترتب على ذلك، أن النص في نظام المؤسسة على الإعفاء من المسئولية لا يعفي مؤسسة التحكيم مما يترتب من ضرر نتيجة غشها أو خطئها الجسيم. إذ أن مثل هذا الإعفاء يسوغ سوء النية في إبرام العقود وتنفيذها، الأمر الذي يخالف النظام العام، وتحرمه القاعدة التي توجب تنفيذ العقود بما يوجبه حسن النية([1]) . وعليه يبطل شرط الإعفاء من المسئولية في التشريعات التي تجيز ذلك في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم، ويبقي العقد قائماً دون شرط الإعفاء([2]) .

= وعبد الرحيم عامر: المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهره، ط٢، ١٩٧٩، ص ٥٦٨. وراجع: د/عبد الباقي محمود سوادي: مسئولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٦، ص ٣٣٩. وراجع أيضاً: حكم محكمة النقض المصرية رقم ٥٠١ الصادر في ١٩٦٢/٢/٢٩ حيث ذهبت المحكمة في هذا الحكم إلى أن إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم التزامه التعاقدي... صحيح طالما أن الأضرار لم تنشأ عن غش أو خطأ جسيم. مجموعة إحكام النقض، السنة الثالثة عشرة، القسم الثالث، ص ٢٢٥.

(١) **راجع: حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسئولية، مرجع سابق، ص ٥٦٨. وتقضي الفقرة الأولي من المادة (١٤٨) من مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". حكم هذه الماده تطابق حكم المادة المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري، وحكم الماده١٠٧/١و٢ من القانون المدني الجزائري،وحكم الماده ٢٠٢ من القانون المدني الأردني.**

(٢) **راجع: عبدالرزاق السنهوري: الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص ٦٧٩. وراجع: حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسئولية، مرجع سابق، ص ٥٦٨.**

المبحث الثالث

التأمين على مسئولية المحكم

عرفت المادة (١) من قانون التأمين الفلسطيني عقد التأمين بأنـــه: " أي إتفاق أو تعهد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن لـــه أو إلـــى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي أخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقــد وذلك نظير قسط محدد أو أي دفعه مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن"([١]) .

وعليه، نلاحظ من هذا النص، إنه يجوز للشخص أن يــؤمن علـــى مسئوليته المترتبة على الخطأ، سواء كان هذا الخطأ عقدياً أم كان تقصيرياً، وسواء كان الخطأ يسيراً أم كان جسيماً([٢]) . **والتأمين على المسئولية** هــوه: "عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن، أن يضمن للشخص مسئوليته عما يترتب علـــى ما يصدر عنه من ضرر للغير، وذلك مقابل ما يقوم به من أقساط دورية"([٣]) أو "إتفاق يعقده شخص مع إحدى شركات التأمين لتغطية مسئوليته عما يحدثه بالغير من أضرار، وبمقتضاه يلتزم هو بدفع أقساط التأمين للشركة في مقابل إلتزامها هي بأن تدع له قيمة التعويض الــذي ينــشأ فــي ذمتــه لــصالح

---

(١) حكم هذه الماده يطابق حكم حكم المادة ٨٧١ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وحكــم هذه الماده يطابق حكم حكم المادة ٧٤٧ من القانون المدني المصري، وحكم المادة ٦١٩ من القانون المدني الأردني، وحكم المادة ٧١٣ من القانون المدني السوري، وحكم المادة ٧٤٧ من القانون المدني الليبي وحكم المادة ٩٨٣ من القانون المدني العراقي.

(٢) راجع: عبدالرزاق السنهوري: الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص ٩٨١. وراجع: حسين عامر عبد الرحيم عامر: المسئولية، مرجع سابق، ص ٥٧٧. وراجع: سليمان مرقص: الوافي،ج٢، مرجع سابق، ص ٦٣٨.

(٣) راجع: حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسئولية، مرجع سابق، ص ٥٧٦.

المضرور"([1]) . وإذا كان التأمين على المسئولية يشابه الإتفاق على الإعفاء من المسئولية في أن كلا منهما يرمي في النهاية إلى رفع عبء التعويض عن المسئول، إلا أنهما يفترقان في النتيجة المتمثلة في أن الطرف المتضرر يحصل على تعويض عن الضرر في حالة التأمين، ويحرم منه في حالة الاتفاق على الإعفاء من المسئولية. وشتان بين نظام يهدف إلى إعفاء المسئول عن الضرر وحرمان المتضرر من حقه في التعويض، نظام يهدف إلى تأكيد مسئولية المسئول وزيادة الضمان للطرف المتضرر([2]) .

وقد نص لقانون التأمين الفلسطيني على التأمين من المسئولية([3]) في المواد (١١-١٣-١٩). حيث تنص المادة (١١) على أنه " يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين"([4]) . **حيث يقصد المشرع الفلسطيني بالمصلحة في عقد التأمين**: هي القيمة المالية للشيء المؤمن عليه، أي القيمة المعرضة للضياع

---

(١) راجع: سليمان مرقس: الوافي،ج٢، مرجع سابق، ص ٦٣٧.

(٢) راجع: عبدالرزاق السنهوري: الوسيط ، ج١، مرجع سابق، من ١٩٨١، مرقس، المرجع السابق، ص ٦٣٨. راجع:عبد الباقي سوادي: مسئولية المحامي، مرجع سابق، ص ٣٤٣ وما بعده. وراجع: حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسئولية، مرجع سابق، ص ٥٧٧.

(٣) تنص الماده الثانية من قانون التأمين الفلسطيني على انه:" تشمل اعمال التامين: .... و- التأمين ضد أخطار الحوادث والمسئولية المدنية".

(٤) حكم هذه الماده يطابق حكم المادة ٨٧٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وحكم هذه الماده يطابق حكم المادة ٧٤٩ من القانون المدني المصري، وحكم المادة ٦٢١ من القانون المدني الجزائري، وحكم المادة ٧٦٥ من القانون المدني السوري، وحكم المادة ٧٤٩ من القانون المدني الليبي، ويتوافق مع حكم المادة ١/٩٨٤ من القانون المدني العراقي وحكم المادة ٩٦٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

إذا ما تحقق الخطر من المؤمن منه، فمالك الشيء، له مصلحة مالية في التأمين على حقه سواء أكان هذا الحق حق ملكية أم ارتفاق أم انتفاع، وصاحب الحق الشخصي له مصلحة في التأمين على حقه من إعسار المدين، وكذلك من يخشى أن يترتب في ذمته دين من وراء تحقق مسئوليته له مصلحة في التأمين من المسئولية، وللمستأجر مصلحة في التأمين من المسئولية عن الحريق.

كما وتنص المادة (١٣) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على:"١-جوز الاتفاق على إعفاء المؤمن من الضمان إذا أقر المستفيد بمسئوليته أو دفع ضمانا للمتضرر دون رضا المؤمن.٢- لا يجوز الاتفاق على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان إقرار المستفيد مقصورا على واقعة مادية، أو إذا اثبت أن دفع الضمان كان في صالح المؤمن"([1]) . وتنص المادة (١٩) على ما يأتي "لا ينتج التزام المؤمن أثره في التأمين في المسئولية المدينة إلا إذا قام المتضرر بمطالبة المستفيد بعد وقوع الحادث الذي نجمت عنه هذه المسئولية"([2]) .

وبتطبيق النصوص المتقدمة على نظام التأمين على مسئولية المحكم، يضمن

---

(١) حكم هذه الماده تطابق حكم المادة ٨٧٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وحكم هذه الماده تطابق حكم المادة ٨٧٣ من مشروع القانون المدني العربي الموحد، وحكم المادة ٩٢٢ من القانون المدني الأردني

(٢) حكم هذه الماده تطابق حكم المادة ٨٨٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وحكم هذه المادة يطابق حكم المادة ٤٦ من مشروع الحكومة المصرية للتأمين، وحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدني الأردني، وحكم المادة ٨٧٨ من مشروع القانون المدني العربي الموحد.

المضرور من الخصوم حقه في التعويض فلا يكون أمامه مدين واحد هو المحكم المسئول الذي قد يكون معسراً، بل يكون أمامه مدينان هما شركة التأمين والمحكم([1]) .

ومن المسلم به أنه إذا كان يجوز للشخص التأمين؛ لتغطية مسئوليته المترتبة عن الخطأ سواء كان هذا الخطأ عقدياً أم كان تقصيرياً، فإن ما يترتب من مسئولية عن الخطأ العمد أو الغش يمتنع التأمين عليها؛ لمخالفة ذلك للنظام العام. وكما أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن الخطأ العمد والغش، فكذلك لا يجوز الإتفاق على تأمين المسئولية التي تترتب عن الخطأ العمد والغش من قبل المؤمن له أو المستفيد([2]) .

---

(١) راجع: عبد الباقي سوادي: مسئولية المحامي، مرجع سابق، ص ٣٤٤ وما بعدها

(٢) راجع: عبدالرزاق السنهوري: الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص ٩٨١. وراجع: سليمان مرقس: الوافي، ج٢، مرجع سابق، ص ٦٥١. وراجع: حسين عامر، وعبد الرحيم عامر: المسئولية: مرجع سابق، ص ٥٧٨. **تنص** المادة ٨٧٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه " لا يجوز أن يكون محلا للتأمين كل ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب". **اما الماده** ٩٢١ من القانون المدني الأردني تقضي بأنه: "لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين كل ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام". إن **ما يمكن ملاحظته** هو ان هناك اختلاف في الصياغه بين المشروع الفلسطيني والقانون المدني، ونحن بصدد توضيح هذا الاختلاف **على النحو الآتي**. لقد رأت مجموعة من لجنة مشروع القانون المدني، أنه لا لزوم لوضع عبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن سياق المادة) على أساس أن أصول النظام العام والآداب المتبعة في البلاد العربية والإسلامية مأخوذة منها وترجع إلى مصادرها، فوضعها يكون من باب التكرار في الصياغة لا داعي له، فكل الأمثلة التي ذكرت بأنها مخالفة للنظام العام أو الآداب هي في نفس الوقت مخالفة للشريعة الإسلامية، ولذا كان رأي هذه المجموعة من اللجنة إما الاكتفاء بهذه العبارة دون عبارة النظام العام والآداب أو إلغاء عبارة مبادئ الشريعة الإسلامية والاكتفاء بعبارة "النظام العام والآداب". وقد احتدم النقاش، وانتهى الأمر إلى الإبقاء على العبارتين معا في نفس المادة وذلك بأغلبية قليلة.

وقد أيدت التشريعات الحديثة هذا الإتجاه[1] ، ومنها قانون التأمين الفلسطيني حيث ذهبت المادة (٢٥) منه بشأن التأمين على الحريق، إلى النص على ما يلي:" ١- يكون المؤمن مسئولا عن أضرار الحريق الذي يحدث بسبب خطأ غير متعمد من قبل المؤمن له أو المستفيد، ٢- ولا يكون المؤمن مسئولا عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمدا أو غشاً ولو اتفق على غير ذلك"[2] .

فتبين أن نص المادة (٢٥) يحرم الاتفاق على تأمين المسئولية الناشئة عن الخطأ العمد والغش. وهذا الحكم، على الرغم من أنه ورد بخصوص التأمين من الحريق، إلا أنه يقرر حكماً عاماً يمكن تطبيقه في كل أحوال التأمين[3] .

وإذا كنا نجد صوراً مختلفة للتأمين في الواقع العملي، فإننا نفتقر إلى صورة التأمين من مسئولية المحكمين ومؤسسات التحكم التي يضمن بها الطرف المتضرر حقه في التعويض إذا كان المحكم معسراً، ويتجنب عن طريقها إجراءات التقاضي وصعوبة الإثبات.

---

(١) راجع: حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص ٥٩٧.

(٢) حكم هذه الماده تطابق حكم المادة ٨٨٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وحكم هذه المادة يطابق حكم المادة ٧٦٨ من القانون المدني المصري، وحكم المادة ٩٣٤ من القانون المدني الاردني وحكم المادة ٦٤٠ من القانون المدني الجزائري، وحكم المادة ٧٣٤ من القانون المدني السوري وحكم المادة ١/١٠٠٠ من القانون المدني العراقي، وحكم المادة ٩٦٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني

(٣) راجع: حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسئولية، مرجع سابق، ص ٥٧٩. وراجع أيضاً: عبدالرزاق السنهوري: الوسيط،ج١، مرجع سابق، ص ٩٨٢.

وهذا النوع من التأمين يجب إيجاده فهو يجعل الخصم المتضرر في وضع أفضل، لأنه سيجد أمامه جهة مليئة، تضمن له الحصول على التعويض كما يجعل المحكمين في وضع أفضل تجاه المجتمع في الوقت نفسه. إذ يظهر تراص المحكمين ووقوفهم صفاً واحداً في نطاق المسئولية وراء زملائهم في تعاملهم ونشاطهم المهني ولا شك أن في ذلك إعلاء لشأن مهنة التحكيم، وتأكيداً على تضامن من أبنائها.

ومما يخشى منه أنه إذا كان نظام التأمين يضمن للمتضرر الحصول على حقه في التعويض، فإنه قد يدفع المحكم إلى أخذ ثمن التأمين بعين الاعتبار عند التطرق لموضوع الأتعاب التي يستحق. ويترتب عليه أن التعويض سيدفع الأطراف كله أو جزءاً منه، لا من المال الخاص بالمحكم أو مؤسسة التحكيم في معظم الحالات التي سيحكم فيها بالتعويض، ومن ثم ترتفع كلفة التحكيم.

الفصل السابع
الحصانة القضائية للمحكم

رأينا في الفصل السابق أن بعض التشريعات وأحكام القضاء تفرض قيوداً على مسئولية المحكم عن الأخطاء التي يرتكبها في أثناء أداء مهمتــه التحكيمية، وذلك بدواعي تشجيع التحكيم، وقياس وظيفة المحكم على وظيفة القاضين، ومن هنا منحت هذه التشريعات وأحكام القضاء المحكــم حــصانة قضائية مشابهة لتلك التي يتمتع بها القاضي.

لذلك نرى من المناسب أن نبحث في حصانة المحكم مبتدئين بإلقاء الضوء على حصانة القضاة من المسئولية المدنية؛ نظراً للتشابه في المهمــة الموكولة لكل من القاضي والمحكم، والتي تتمثل في حسم المنازعات بحكــم ملزم قابل للتنفيذ قانوناً. وهذا يتطلب منا أن نعرض لمبدأ الحصانة القضائية من المسئولية المدنية، والأسباب التي تدعم و تعارض هذه الحصانة؛ تمهيداً للوقوف على الحصانة القضائية للمحكمين من المسئولية المدنية. لذا نــرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول، لبحث حصانة القضاة من المسئولية المدنية، والمطلب الثاني لبحث الحــصانة القــضائية للمحكــم بالقياس على القاضي.

المبحث الأول

حصانة القضاة من المسئولية المدنية

القاضي، شأنه شأن أي فرد كان في المجتمع، له معاملاته ونشاطاته وتصرفاته التي لا علاقة لها بعمله القضائي، كأن يبرم عقد بيع أو إيجار، أو يرتكب خطأ يترتب عليه ضرر للغير. ولذا يسأل مدنياً عن الأضرار التي يحدثها للغير بخطئه والتي لا تمت بصلة لعمله القضائي. إلا أن القاضي قد يرتكب خطأ يخص عمله القضائي، فعلى أي مدى يكون مسئولاً عن هذا الخطأ القضائي؟

لا شك أنه في الحالة الأولي يتساوى المركز القانوني للقاضي مع مركز أي فرد آخر في المجتمع، فما من موجب للقول بحصانته من المسئولية. أما في الحالة الثانية فإن الخطأ يكون قد أرتكب من القاضي؛ بسبب أدائه الوظيفة القضائية، الأمر الذي يثير مسألة حصانته من المسئولية.

وعلى هذا سنقوم ببحث مدى الحصانة التي يتمتع بها القاضي من المسئولية عن النوع الثاني من الأخطاء في فرعين: نعالج في المطلب الأول، مبدأ الحصانة القضائية من المسئولية المدنية، ثم نبين في المطلب الثاني، الأسباب التي تدعم أو تعارض هذا المبدأ.

المطلب الأول
مبدأ الحصانة القضائية من المسئولية المدنية

يقوم مبدأ الحصانة القضائية على إعفاء القاضي من المسئولية المدنية أو تحديدها بخصوص الأخطاء التي يرتكبها في أثناء أو بسبب ممارسته لوظيفته القضائية. وتكمن الحكمة من الحصانة القضائية من المسئولية المدنية في توفير الطمأنينة للقضاة في أداء واجباتهم، وأحاطتهم بسياج كاف من الحماية يجعلهم في مأمن من كيد العابثين الذين يحاولون النيل من كرامتهم وهيبتهم برفع دعاوى كيدية لمجرد التشهير بهم(1).

وقد عرفت الشريعة الإسلامية بمبدأ الحصانة القضائية؛ تمكيناً للقضاة من القيام بواجباتهم في الفصل بين المتخاصمين من غير تأثير، فالقاعدة أن القاضي لا يسأل عن خطئه، لأن القاضي مجتهد، فإذا أصاب فله أجران وإذا أخطأ فله أجر واحد(2). والحصانة القضائية للقضاة في الشريعة الإسلامية ليست مطلقة، وإنما هي مشروطة بأن يكون الخطأ المرتكب من القاضي غير معتمد(3). أما إذا كان القاضي قد تعمد الخطأ والجور، فإنه يكون ملتزما

---

(1) راجع في ذلك: حكم محكمة النقض المصرية الصادرة في ١٩٨٠/٢/١٤. مجموعة النقض، السنة ٣١ ص ٥١٤. وراجع أيضاً: عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، مطبعة المعارف، ١٩١٨، ص ٨٢٠.

(2) راجع: د/ فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٧٧، ص ٧٣.

(3) راجع: عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط٤، ١٩٦٩، ص ٢٦٨. وراجع: الإمام مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج١٢، دار صادر، القاهرة، ص ١٤٩.

بالضمان في ماله(1). كما عرفت الأنظمة الأنجلو أمريكية مبدأ الحصانة القضائية المطلقة للقضاة. ففي قضية Bradley v. Fischer (2) رفع محام دعوى على قاض طالباً الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء إبعاده بشكل خاطئ من قبل القاضي وحرمانه من متابعة السير بالدعوى أمامه. وذهبت المحكمة العليا الأمريكية في هذه القضية إلى أن القضاة الفدراليين معفون من المسئولية المدنية عن الأفعال التي أدوها خلال ولايتهم القضائية. وأضافت المحكمة أن الحصانة القضائية لها جذور عميقة في القانون العام الأمريكي (Common Law) وأنها مبدأ عام مهم. وفي قضية Pierson v. Ray(3) عممت المحكمة العليا الحصانة القضائية على قضاة الولايات أيضاً.

وفي إنجلترا أكد اللورد بريدج في قضية MC v. Mullan(4) السياسية العامة الهادفة إلى توفر الطمأنينة للقضاة في أداء واجباتهم واستبعاد كل ما من شأنه التأثير في هدوئهم وصفاء فكرهم. وقد عبر اللورد بريدج عن ذلك بقوله: إذا تصرف قاض من ألف قاض بغير أمانة وترتب على ذلك ضرر

---

(1) راجع: الفتاوى الهندية: العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الإعلام، ج3، دار أحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت، ط4، 1986، ص342. وراجع ايضا: الأمام علاء الدين الكاساني العربي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، بيروت، ط2، 1982، ص 16. وراجع: الإمام مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ص 149.

(2) راجع قضية: Bradley v. Fischer 80v. US at 335, 201. Ed. 64, 49 (1872)
مشار إليها في: Christian Hausmainger, P. 9.

(3) راجع قضية: Pierson v. Ray, 386 U?. S 547, 87 S. ct. 1231, 18L. Ed. 2d. 288 (1967)

(4) راجع قضية: MC v. Mullan (1984) All ER 908 : مشار اليها في المرجع: Mauro Rubino Sammartano, P. 357.

أصاب أحد الأطراف فإنه يعد أقل ضرراً بالمجتمع أن يترك ذلك الطرف دون تعويض من أن يتعرض (٩٩٩) قاض أمين للمضايقة من قبل الخصوم.

وإذا كانت دول النظام الأنجلو أمريكي تعترف للقاضي بحصانة مطلقة من المسئولية المدنية، نجد أن دول القانون المدني لا تقر بفكرة الحصانة المطلقة للقضاة، وفي الوقت نفسه لا تسير على وتيرة واحدة فيما يتعلق بالمسئولية المدنية للقضاة، فبعضها أخذ بنظام المخاصمة وبعضها أخذ بنظام مداعاة الدولة بشأن المسئولية الناجمة عن أعمال القضاة، وبعضها الآخر سكت عن الإشارة إلى كيفية مخاصمة القضاة مما يعني إخضاعهم للقواعد العامة في المسئولية عن الفعل الضار.

ولتوضيح الصورة، رأينا أن نبحث كلاً من نظام المخاصمة ونظام مداعاة الدولة بشأن المسئولية الناجمة عن أعمال القضاة بحسبان أن هذين النظامين يقرران للقاضي حصانة مقيدة مفادها: أنه فيما عدا الحالات المنصوص عليها في القانون، فإن القاضي لا يمكن مساءلته عن أخطائه التي تقع منه في أثناء ممارسة وظيفته القضائية.

أولاً: نظام المخاصمة وحالاته:

بموجب نظام مخاصمة القضاة، لا يسأل القاضي عن أي خطأ يرتكبه في أثناء مباشرته لعمله، إنما يسأل فقط عن أخطاء معينة يحددها المشرع على سبيل الحصر[1]. وقد أخذ كل من التشريع الفلسطيني المصري

---

(١) راجع: أحمد خليل: أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٤، ص ٣٩. وراجع ايضاً د/ سليمان الطماوي: قضاء التعويض وطرق الطعن في -

والسوري بهذا النظام([1]). ويمكن القول إن نظام المخاصمة يرتب حصانة للقاضي مفادها أنه، فيما عدا الأخطاء المنصوص عليها في القانون، لا يمكن مساءلة القاضي عن أخطائه التي تقع منه في أثناء ممارسة وظيفته([2]). وتنحصر أسباب دعوى المخاصمة حسب ما ورد في المادة (١٥٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، والمادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمادة (٤٨٦) من قانون

= الأحكام، دار الفكر العربي، القاهره، ١٩٧٧، ص ٦٦. وراجع ايضا: د/ أحمد أبو الوفا: أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩، ص ٨١.

(١) اخذ المشرع الفلسطيني بمبدأ مخاصمة القضاء في الماده ١٥٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني حيث تنص على انه" تجوز مخاصمة القضاه في الحالتين الأتيتين: اذا وقع من القاضي في عمله غش او تدليس او خطأ مهني حسيم لا يمكن تداركه كذلك يجوز مخاصمة القضاه في الاحوال الاخرى التي يقضي فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات".حكم هذه الماده يطابق حكم المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وحكم المادة (٤٨٦) من قانون أصول المحاكمات السوري. **أما فيما يخص الوضع في الأردن**، فنجد أن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ والمعدل بالقانون المؤقت رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢ وقانون استقلال القضاء رقم (١٥) لسنة ٢٠٠١ قد سكتا عن الإشارة إلى كيفية مخاصمة القضاة. وبسب خلو القانون من نصوص خاصة بحالات وبإجراءات مخاصمتهم يخضعون نظرياً للقواعد العامة في المسئولية عن الفعل الضار بموجب المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني . وحبذا لو ان المشرع الاردني يأخذ بمبدأ مخاصمة القضاه كما فعل المشرع الفلسطيني والمصري والسوري. حيث بامكانه الاخذ بإحكام دعوى مخاصمة القضاه من الماده ١٥٣ الى الماده١٦٣ من قانون اصول المحاكمات الفلسطيني. راجع في شرح هذا المبدأ: د/ مفلح عواد القضاه: اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافه للنشروالتوزيع، عمان ، ٢٠٠٨، ص١٠٧. وراجع ايضا: عثمان التكروري: الوجيز في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص٥٣وما بعدها.

(٢) راجع: أحمد هندي: اصول قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٣.

أصول المحاكمات السوري في: الغش والتدليس، والخطأ المهني الجسيم، والامتناع عن الفصل في القضية أو التأخير فيها، وكل حالة أخرى ينص فيها المشرع على مخاصمة القاضي أو الحكم عليه بالتعويض. **وسنعالج بإيجاز كل حالة من هذه الحالات تباعاً:**

الحالة الأولي: اذا وقع من القاضي في عمله غش أو تدليس أو خطأ مهني الجسيم لا يمكن تداركه:

ويقصد بالغش والتدليس: انحراف القاضي عن مقتضيات العدالة عمداً سواء في مرحلة التحقيق أو الحكم ابتغاء تحقيق مصلحة شخصية له أو لمحاباة أحد الخصوم أو للنكاية به([1]). **ويقصد بالخطأ المهني الجسيم:** الخطأ الذي لا يرتكبه القاضي المتبصر الحريص في أعماله([2]). وعرفت محكمة النقض المصرية الخطأ المهني الجسيم بقولها "يقصد بالخطأ الجسيم الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو أهتم بواجباته الإهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً([3]).

وقد ميزت محكمة النقض المصرية بين الغش والخطأ الجسيم بقولها: "**يقصد بالغش** انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون قاصداً هذا

---

(1) راجع: د/عبد الرحمن عياد: أصول علم القضاء، مطبعة معهد الإدارة العامة، ١٩٨١، ص ٨٨ وما بعدها.

(2) راجع: د/عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي: المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٧٦، ص ١٧٩. راجع: عثمان التكروري: الوجيز في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص٥٣ وما بعدها.

(3) راجع في ذلك: حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٨٠/٦/١٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣١، ص ١٧٩١.

الانحراف؛ وذلك إما إيثاراً لأحد الخصوم، أو نكاية في خصم، أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي. أما **الخطأ المهني الجسيم** فهو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق غليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً..." ([1]).

الحالة الثانية: إذا أمتنع القاضي عن الإجابة عن عريضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم([2]):

لم يعالج المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية حالة إمتناع القاضي عن الإجابة عن عريضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم.

لكن الفقرة الثانية من المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (٤٨٦/ب) من قانون أصول المحاكمات السوري، عالجت كل منهما هذه الحاله، وهاتان المادتان عرفت هذه الحاله "بإنكار العدالة"ن بأنها: إمتناع القاضي عن الإجابة عن عريضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم عند حلول دورها. وفي هذه الحالة يخالف القاضي واجباً أساسياً من واجبات وظيفته، وهو تحقيق القانون وإقامة العدالة وتطبيق الحماية القانونية على الحالات المعروضة عليه([3]).

---

(١) راجع في ذلك: حكم محكمة النقض المصرية الصادر ٢١٤- ١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣١، ص ٥١٤.

(٢) وهو ما اصطلح على تسميته بإنكار العداله. حبذا لو ان المشرع الفلسطيني سار على هدى المشرع المصري والسوري بإضافته لهذه الحاله.

(٣) راجع: محمود هاشم: قانون القضاء المدني، ط١، دار الفكر، القاهرة، ١٩٨١، ص ٢٦١.

فالقاضي لا يعذر إذا امتنع عن الحكم أو الإجابة عن عريضة قدمت له مادامت لديه مصادر يستقي منها الحكم في المسألة المطروحة عليـــه([1])، على أن القاضي لا يعد منكراً للعدالة إذا كان تأخيره الفصل فـــي الـــدعوى راجعاً إلى سبب سائغ قانوناً، مثل: مرض القاضي أو حاجة الـــدعوى إلـــى التروي والتفكير والبحث، نظراً لأنها تثير مشاكل معقدة([2]).

الحالة الثالثة: الأحوال الذي يقضى فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات:

ذهبت الفقرة الثانية من المادة (١٥٣) من قانون أصول المحاكمـــات المدنية والتجارية الفلسطيني إلى أنه:" ١- تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الأخرى التي يقضى فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات". وبالتدقيق في هذا النص، نجد أنه يشترط في هذه الحاله أن يكون هناك نص في القانون يرتب مسئولية على القاضي لسبب معـــين، وأن يقرر هذا النص صراحه ان جزاء هذه المسئولية هو الحكم على القاضي

---

(١) تنص الماده الاولى من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه " تسري نـــصوص هـــذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها.إذا لم يجد القاضـــي نـــصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " حكم هذه الماده يطابق الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدني السويسري، التي تأثرت بها التشريعات المدنيـــة، ومنها التشريع المدني المصري في المادة الأولى الفقرة الأولى، وكذلك القانون المدني الأردني في المادة الثانية الفقرة الأولى.

(٢) راجع: عبد الرحمن عياد: أصول علم القضاء، مرجع سابق، ص ٨٩. وراجع ايضا: د/على عوض حسن: رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية ، دار الفكر الجامعية، الإســـكندرية، ط٢، ١٩٩٩، ص ١٩٠.

بالتعويضات. ونلاحظ إنه لا يوجد في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني نص من هذا القبيل[1]. بعكس ما قضت به الماده ١٧٥ من قانون المرافعات المصري،والتي سنوضحها أدناه.

كما ذهبت الفقرة الثالثة من المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري إلى أنه:" تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الأخرى التي يقضى فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات". ومن أمثلة ذلك في التشريع المصري ما تنص عليه المادة (١٧٥) مرافعات من أنه: "إذا بطل الحكم لعدم إيداع مسودته المشتملة على أسبابه الموقعة من الرئيس ومن القضاة عن النطق به كان المتسبب منهم في البطلان ملزماً بالتعويضات"[2]. أما بالنسبة لإجراءات المخاصمة، فإن الماده ١٥٤ من قانون اصول المحاكمات الفلسطيني توجب على المدعي في دعوى المخاصمة قبل إقامتها أن يخطر مجلس القضاء الأعلى بما يسنده الى المدعي عليه سواء كان قاضيا او عضو نيابه[3]. بينما تبين الماده ١٥٥ منه ان دعوى المخاصمه تقام بلائحه تقدم الى محكمة الاستئناف التابع لها القاضي او عضو النيابه موقعه من المدعي او من وكيله بموجب توكيل خاص[4]،

---

(١) راجع: عثمان التكروري: الوجيز في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص٥٤.

(٢) راجع: د/ رمزي الشاعر: المسئولية عن أعمال السلطة القضائية، دار النهضة العربية، القاهره، ط٢، ١٩٨٣، ص ٢٢٩ وما بعدها. راجع ايضا: على عوض حسن: رد ومخاصمة، مرجع سابق، ص ١٩٤.

(٣) لا يوجد في القانون المصري نص شبيه يوجب على المدعي في دعوى المخاصمة قبل إقامتها أن يخطر مجلس القضاء الأعلى بما يسنده الى المدعي عليه سواء كان قاضيا او عضو نيابه.

(٤) هذه الماده تشابه نص الماده ٤٩٥ من قانون المرافعات المصري.

ويجب ان تشتمل اللائحه على بيان اوجه المخاصمه وادلتها وان ترفق بهـا الاوراق المؤيده لها، وعلى المدعي إيداع في خزينة المحكمة مبلـغ مـائتي دينار اردني إو ما يعادلها بالعمله المتداوله قانونا على سبيل الكفاله. ويـأمر رئيس محكمة الاستئناف بتحديد جلسه سريه لنظر دعوى المخاصمة يبلغ بها الخصوم، وهذا ما تنص عليه الماده ١٥٦ من قانون نفسه([1]).

وبعد ذلك تحكم المحكمة في قبول دعوى المخاصمة أو عدم قبولـه بعـد سماع الخصوم (المدعي او وكيله والقاضي او عضو النيابة المدعى عليه) مرافعه او بموجب مذكرات مكتوبه. فإذا حكمت بقبول دعـوى المخاصـمة يكون للقاضي غير صالح لنظر الدعوى من تاريخ هذا الحكم وهذا ما تنص عليه الماده ١٥٩ من القانون نفسه([2]).

أما بالنسبة للحكم في دعوى المخاصمة، فإن المحكمة اذا قضت بعد قبول دعوى المخاصمة أو بردها، تحكم بغرامه لا تزيد على خمسمائة دينار اردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولـة قانونـا، وبمـصادرة الكفالـه مـع التعويضات اذا كان لها وجه، وهذا ما تنص عليه الماده ١٦٠ مـن قـانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني([3]). كما يجوز للقاضـي أن

(١) تنص الماده ١٥٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على انه:" يأمر رئيس محكمة الاستئناف بتحديد جلسة سرية لنظر دعوى المخاصمة يبلغ بها الخصوم".

(٢) تنص الماده ٥٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على انه:" يكـون القاضي غير صالح لنظر الدعوى من تاريخ الحكم بقبول دعوى المخاصمة" . تشابه المـاده ٤٩٨ مرافعات مصري .

(٣) حكم هذه الماده تشابه حكم الماده ٤٩٩ مرافعات مصري.

تولى الفصل في الدعوى إذا لم يقم اي عائق في سبيل ذلك، كما إذا اقيمت عليه دعوى تأديبية. أما اذا قضت المحكمة بصحة المخاصمة فإنها تحكم على القاضي أو عضو النيابه المدعى عليه بالتعويضات والمصاريف وببطلان تصرفه، ولكن في هذه الحاله فإن المحكمة وفقا للماده ١٦١ ان لا تحكم بطلان الحكم الصادر لمصلحة خصم أخر غير المدعي إلا بعد تبليغه لابداء أقواله، وذلك إحترامًا لحقوق الدفاع.

وتوفيراً للوقت والجهد أجاز المشرع للمحكمة التي تقضي ببطلان الحكم أن تحكم في الدعوى الاصلية إذا رأت انها صالحة للحكم في موضوعها بعد سماع الخصوم وهذا ما تنص عليه الفقره الثانية من الماده ١٦٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني. ونلاحظ هنا ان الدوله تكون مسئووله عما يحكم من تضمينات على القاضي أو عضو النيابه، وان لها حق الرجوع عليه طبقا للقواعد العامه في القانون.

أما بالنسبة للطعن في الحكم الصادر في دعوى المخاصمة فقد أجازت المادة ١٦٢ الطعن بالحكم ما لم يكن صادرا من محكمة النقض. بمعنى أن الدعوى اذا كانت مقامه لدى محكمة الاستئناف فإنه يجوز الطعن في الحكم الصادر عن هذه المحكمة بطريق النقض، أما اذا كانت الدعوى التي نظرت اصلا في إحدى دوائر النقض فان الحكم لكون نهائيا غير قابل للطعن فيه، وهذا امر بديهي([1]).

أما بالنسبة للتقادم دعوى المخاصمة، فقد حددت الماده ١٦٣ من

---

(١) نص الماده ١٦٣ اصول فلسطيني تشابه ٥٠٠ مرافعات مصري.

القانون نفسه مدة قصيرة لتقادم دعوى المخاصمة فتنص على انــه:" تــسقط دعوى المخاصمة بمضي ثلاثة اشهر تبدأ من تــاريخ اكتــشاف الغــش أو التدليس أو الخطأ المهني الجسيم. وفي جميع الاحوال تسقط هــذه الــدعوى بمضي ثلاث سنوات على ارتكاب الفعل المستوجب للمخاصمه".

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الفلسطيني قــرر للقاضــي حــصانة قضائية فيما يتعلق بمحاكمته جنائياً ولو لم تكن الجريمة التي أرتكبها متصلة بعمله القضائي. وهذه ضمانة ضرورية حتى لا يكــون القــضاة كــالأفراد العاديين من حيث محاكمتهم جنائياً، مما يؤثر في هيبة القضاة، ولهذا قضت المادة ٥٦ من قانون استقلال القضاء أنه:" لا يجوز في غير حالات التلــبس بالجريمة القبض على القاضي أو توقيفه إلا بعد الحصول على أذن من المجلس القضائي، وفي حالات التلبس على النائب العام عند القبض علــى القاضــي أو توقيفه أن يرفع الأمر إلى المجلس في مدة الأربع والعــشرين ســاعة التاليــة، والمجلس أن يقرر بعد سماع أقوال القاضي إما الإفراج عنه بكفالة أو بغير كفالة وإما إستمرار توقيفه للمدة التي يقررها وله تمديد هذه المدة"([1]).

أما بالنسبة لإجراءات رفع دعوى المخاصمه في القانون المصري، فأنها ترفع إما أمام محكمة الاستئناف بالنسبة لقــضاة المحــاكم الابتدائيــة والمستشارين بمحاكم الاستئناف أو أمام محكمة النقض بالنسبة لمستــشاري النقض، وذلك بناءً على تقرير يودع في قلم كتاب المحكمــة([2])، ويجــب أن

---

(١) حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ٢٩ من قانون إستقلال القضاء الأردني. وحكم الماده مــن قانون السلطه القضائية المصري.

(٢) أنظر: نص الماده ٤٩٥ من قانون المرافعات المصري.

يقدم التقرير من الطالب شخصياً أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً. ويجب أن يشتمل التقرير على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها، وأن تودع معه الأوراق المؤيد له. ولم يحدد المشرع المصري ميعاداً محدداً يجب أن ترفع فيه دعوى المخاصمة.

وطالما أن نظام المخاصمة يرمي إلى تقرير مسئولية القاضي عن الأضرار المترتبة على مخالفته لواجباته القانونية، فإنه تسري عليها القواعد المطبقة بشأن تقادم دعاوى المسئولية التقصيرية، ومن ثم تتقادم دعوى المخاصمة بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه([1]).

وبالرجوع الى قانون أصول المدنية والتجارية الفلسطيني نجد أن المشرع الفلسطيني حددها بثلاث أشهر تبدأ من تاريخ اكتشاف غش او التدليس او الخطا المهني الجسيم، وفي حالة عدم رفع هذه الدعوى خلال هذا الموعد فإنها تسقط. كما تسقط الدعوى في في جميع الاحوال بمضي ثلاث سنوات على أرتكاب الفعل المستوجب للمخاصمه".

ثانياً: نظام مداعاة الدولة بشأن المسئولية الناجمة عن أعمال القضاة:

ألغى المشرع اللبناني نظام مخاصمة القضاة، وهو النظام الذي كان بموجبه يجبر القاضي على المثول أمام المحكمة؛ ليتولى الدفاع عن حكمه الذي أصدره، ولينفي المسئولية عن نفسه بتلافي الحكم عليه شخصياً

---

(١) نهيب بالمشرع المصري ان ياخذ بنص الماده ١٦٣ من قانون اصول المحاكمات الفلسطيني،وذلك لحسم هذه المده وعدم تركها للاجتهاد الفقهي أو للمبادئ العامه لأحكام المسئولية التقصيريه.

بالتعويض المدني. ولكن ليس معني ذلك ضياع حق الخصم في التعويض عن إخلال القاضي بواجبات وظيفته، وإنما حلت مداعاة الدولة بشأن المسئولية الناجمة عن أعمال القضاة محل نظام مخاصمة القضاة[1]. وتنحصر حالات مداعاة الدولة بشأن المسئولية الناجمة عن أعمال القضاة في الاستنكاف عن إحقاق الحق والخداع والرشوة[2] والخطأ الجسيم الذي يفترض ألا يقع فيه قاضي يهتم بواجباته الاهتمام العادي[3].

وبموجب نظام المداعاة تقام الدعوى على الدولة وليس على القاضي، كما هو الحال في نظام المخاصمة، ويكون للقاضي المنسوب إليه سبب الدعوى التدخل في المحاكمة في أي وقت لإبداء أقواله وطلب الحكم له بالتعويض ضد المدعي عند الاقتضاء، ولا يجوز إدخاله في المحاكمة إلا بقرار من الهيئة العامة لمحكمة التمييز بناء على طلب المدعى عليها وهي الدولة[4]،

---

(١) راجع: د/ أحمد خليل:أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٤ ، ص ٣٩.

(٢) ذهبت محكمة التمييز اللبنانية في حكمها الصادر في ١٩٦٠/١٢/١٨ على أن دعوى المخاصمة لا تقبل إلا إذا كان مبنية على الامتناع عن إحقاق الحق أو الاحتيال أو الخداع أو الرشوة ويقصد في الخداع أو الاحتيال أن يكون الخطأ الواقع في الحكم مقصوداً أو ناشئاً عن سوء النية. مشار إليه في: د/ نزيه نعيم: مخاصمة القضاة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٩، ص ٣٧.

(٣) ولقد ورد في حكم محكمة التمييز اللبنانية الصادرة في تاريخ ١٩٩٣/٥/١٣ "... ليس كل خطأ في الحكم يشكل الخطأ الجسيم المقصود بالمادة (٧٤١/م.م) بل يقتضي أن يكون الخطأ ناتجاً عن إخلال القاضي بواجباته خلالاً واضحاً ولا يرتكبه أي قاضي عادي".
مشار إليه في: نزيه نعيم: مخاصمة القضاه، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٤) راجع: نزيه نعيم: مخاصمة القضاه، مرجع سابق، ص ٢٥٤. وراجع: أيضاً المادة (٧٥١) من قانون أصول المحاكمات اللبناني.

وأجاز القانون للدولة حق الرجوع على القاضي بقدر التعويض الذي تحملته، وذلك في الأحوال التي حلت فيها محل القاضي في المداعاة[1].

وهكذا يمكننا القول ان نظام المداعاة يرتب حصانة مفادها فيما عدا الحالات المنصوص عليها في القانون، أن القاضي لا يمكن مساءلته عن أخطائه التي تقع منه في أثناء ممارسة وظيفته، ثم أن المسئولية لا تكون مباشرة، أي إن القاضي لا ينتصب خصماً في الدعوى، وإنما تكون الدولة هي الخصم. وفي ذلك احترام لهيبة القضاة.

وتنظر في الدعوة المقامة على الدولة بشأن المسئولية الناجمة عن أعمال القضاة في الحالات السابق ذكرها الهيئة العامة لمحكمة النقض[2]. ويجب أن ترفع الدعوى خلال شهرين من تاريخ تبليغ الحكم أو الإجراء أو تاريخ توافر شروط الاستنكاف عن إحقاق الحق، إلا إذا بنيت على الغش أو الخداع أو الرشوة ولم يعرف هذا السبب إلا بعد تبليغ الحكم أو الإجراء، ففي هذه الحالة تبدأ المهلة من تاريخ العلم بذلك السبب[3]. وتقدم الدعوى بموجب استحضار موجه إلى الدولة ويجب أن يشتمل على بيان الحكم أو التصرف

---

(١) راجع: المادة ٧٥٨ من قانون أصول المحاكمات اللبناني .

(٢) تنص المادة (٧٤٣) من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أنه: " تنظر في الدعوى المقامة على الدولة في الحالات السابقة ذكرها الهيئة العامة لمحكمة النقض".

(٣) تنص المادة (٧٤٤) من قانون أصول المحاكمات اللبناني، على انه:" يجب أن تقدم الدعوى في مهلة شهرين من تاريخ تبليغ الحكم أو الإجراء أو تاريخ توافر شروط الاستنكاف عن إحقاق الحق وفق أحكام المادة ٧٤٢، إلا إذا بنيت على الغش أو الخداع أو الرشوة ولم يعرف هذا السبب إلا بعد تبليغ الحكم أو الإجراء، ففي هذه الحالة تبدأ المهلة من تاريخ العلم بذلك السبب".

الذي يشكو منه المدعى والسبب أو الأسباب التي يبني عليها الدعوى والأدلة المؤيدة لها ويجب إدخال المحكوم لهم في المحاكمة([1]).

المطلب الثاني
الأسباب التي تؤيد أو تعارض الحصانة القضائية للقضاة

لاحظنا خلال المطلب الأول من هذه الدراسة أن الشريعة الإسلامية ومعظم الأنظمة القانونية محل الدراسة، ما عدا النظام القانوني الأردني، تقر بفكرة الحصانة القضائية للقضاة، مع الإختلاف، حول مدى هذه الحصانة القضائية.

كما ان الحديث عن الحصانة القضائية للقضاة من المسئولية المدنية الناشئة عن التصرفات القضائية يقتضى منا البحث في الأسباب التي تستدعي تخصيص القاضي بميزة الحصانة من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من أحد الخصوم جراء الضرر الذي أصابه من إهمال القاضي. فإذا إنتهينا من ذلك إنتقلنا إلى البحث في الأسباب التي يقف بسببها البعض ضد مبدأ الحصانة القضائية للقضاة.

أولاً: الأسباب التي تؤيد الحصانة القضائية للقضاة من المسئولية المدنية:

في الواقع هناك العديد من الأسباب التي تؤيد حصانة القاضين تتكاتف معاً لتدعيم مبدأ حصانة القاضي من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه

---

(١) تنص المادة (٧٤٥) من قانون أصول المحاكمات اللبناني، على انه:" تقدم الدعوى بموجب استحضار موجه إلى الدولة، ويجب أن يشتمل على بيان الحكم أو التصرف الذي يشكو منه المدعي والسبب أو الأسباب التي يبني عليها الدعوى والأدلة المؤيدة لها يجب إدخال المحكوم لهم في المحاكمة".

ويمكن إيجاز هذه الأسباب **فيما يلي:**

السبب الأول: لتحقيق الإستقلال والحرية لأعضاء السلطة القضائية:

من الأسباب المهمة والمؤيدة للحصانة القضائية للقضاة من المسئولية المدنية الناشئة عن التصرفات القضائية، تحقيق الإستقلال لأعضاء السلطة القضائية وحمايتهم، وضمان حريتهم في الفصل في الدعاوى المعروضة عليهم، بشكل مستقل. وذلك لأن من شأن تقرير مسئولية القاضي المساس بإستقلاله والحيلولة بينه وبين تأدية واجباته([1]). فلا شك أن إحتماليه تهديده بدعاوى المسئولية المدنية من قبل أحد الأطراف المتقاضين قد تدفع بالقاضي إلى التردد كثيراً قبل الفصل في القضايا؛ خوفاً من المسئولية([2])، بالإضافة إلى مغبة تضييع وقتهم الثمين للدفاع عن أنفسهم بدلاً من الفصل في القضايا التي تعرض عليهم، أو كما يرى جانب من الفقه - بحق - أن ينبغي ألا يمضى القاضي نصف عمره في إصدار الأحكام والنصف الآخر في الدفاع عنها ضد إدعاءات المتخاصمين([3]).

السبب الثاني: ضمانات الخصوم في مواجهة السلطة القضائية:

تقرر معظم التشريعات ضمانات متعددة تكفل نزاهة القضاة وحسن أدائهم لوظائفهم، ومن ذلك تطلب شرطاً ومؤهلات معينة في المرشحين لمنصب

---

(١) راجع: رمزي الشاعر: المسئولية عن اعمال السلطه، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٢) راجع: د/ سليمان الطماوي، قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام، دار الفكر العربي، القاهره ،١٩٧٧ ، ص ٥٥.

(٣) راجع: د/ حلمي بطرس: سلطة محكمة الموضوع في وصف الخطأ المهني الجسيم في دعوى مخاصمة رجال القضاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، ١٩٥٧، ص ٩٣.

القضاء([1]). وبالإضافة إلى ذلك يحيط المشرع الوطني العمل القضائي نفسه بضمانات متنوعة ويضع من الإجراءات ما يكفل عدم التسرع في الأحكام، وتفادي الوقوع في الأخطاء، كما ينظم طرق الطعن في الأحكام([2]). ومثل هذه الضمانات والإجراءات تسيطر بفعالية على سوء التصرف القضائي وتحمي حقوق الأفراد، وتقلل من الحاجة لمخاصمة القضاة([3]).

السبب الثالث: لتجنب إعادة النظر في الدعوى ولحماية نظام الطعن في الأحكام من التقويض:

الحصانة القضائية من شأنها حماية العملية القضائية نفسها، إذ أن نظام الطعن في الأحكام كما تقدم، يوفر ضمانات كافية للخصوم للحصول على حكم عادل في النزاع، وإن من شأن مساءلة القاضي مدنياً عن أخطائه تقويض نظام الطعن في الأحكام وفقدانه أهميته؛ لأن السماح للمتقاضين بأن يقيموا دعوى تعويض على القاضي لكل خطأ أو إهمال يقع منه أو يتصورون أنه وقع منه في أثناء قيامه بوظيفته يعني إعادة نظر الدعوى وإهدار حجية الحكم وقرينة الصحة المفروضة فيه([4]).

ثانياً: الأسباب التي تعارض الحصانة القضائية للقضاة من المسئولية المدنية:

لا شك أن الحصانة القضائية للقضاة من المسئولية المدنية عن

---

(١) راجع: رمزي الشاعر: المسئولية عن اعمال، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٢) راجع: Christian Hausmaninger, at p. 12

(٣) راجع: Christian Hausmaninger, at p. 12

(٤) راجع: Christian Hausmaninger, at p. 11 Robert Merkin, Arbitration Act 1996, LLp, London Hong kong, 2000, p. 73.

الأخطاء أو الإهمال الذي يقع منهم في أثناء قيامهم بوظيفتهم من شأنها، اولاً: حرمان المتضرر من حقه في مطالبة القاضي بالتعويض عن الضرر الذي يلحق به من جراء الحكم الخاطئ، وثانيا:الحيلولة دون ردع التصرفات القضائية الخاطئة، حيث قمنا بتوضيحهم على النحو الأتي:

السبب الأول: لتعويض المتضرر عن الأضرار التي أصابته من جراء حكم القاضي الخاطئ:

من حق الأفراد، ضحايا الأحكام الخاطئة الصادرة عن القضاة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم من جراء الأحكام الخاطئة[1]. فقد يرتكب القاضي في أثناء قيامه بوظيفته خطأ ويقضي لغير المالك بالملكية، مثلاً، ويصبح الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي به لتأييده من المحكمة الأعلى درجة أو لفوات مواعيد الطعن في الحكم، فيضيع على المالك الحقيقي ملكه وقد يكون كل ما يملك[2].

ومن المسلم به أن تخصيص القاضي بميزة الحصانة القضائية يتنافى مع حق المتضرر في مقاضاة القاضي ومطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء الخطأ أو الإهمال الذي وقع من القاضي في أثناء قيامه بوظيفته.

السبب الثاني: لردع التصرفات القضائية الخاطئة ولحث القضاة على أخذ الحيطه والحذر أثناء ممارسة وظائفهم:

فكرة الحصانة القضائية المطلقة للقضاة من المسئولية المدنية، تشجع على الطيش القضائي، ولا تقدم حافزاً داخلياً للقضاة لأخذ الحيطة والحذر في

---

(١) راجع أيضاً: حلمي بطرس: سلطه المحكم، مرجع سابق، ص ٩١.

(٢) راجع: رمزي الشاعر: المسئولية عن اعمال، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

أثناء قيامهم بوظيفتهم وتحول دون القضاء على بوادر الإهمال واللامبالاة التي قد يتصف بها بعض القضاة([1]).

ولا شك أن الضمانات التي يقررها المشرع من أجل كفالة نزاهة القضاة، وحسن أدائهم لوظائفهم، وأحاطه العمل القضائي بمجموعة من الإجراءات التي تكفل عدم التسرع وتفادي الوقوع في الأخطاء، وتنظيم طرق الطعن في الأحكام تؤدي إلى أن تصب الأخطاء المرتكبة من القضاة قليلة، ولكن هذا لا ينفي وجود هذه الأخطاء، مما يتطلب ضرورة جبر الضرر الناتج عنها([2]).

وترتيباً على ما تقدم يمكننا القول: إن هناك مجموعة من الأفكار التي تتعارض إلى حد ما بعضها مع بعض فحماية السلطة القضائية لتحقيق الاسقلال والحرية والحياد لها، وضمانات الخصوم في مواجهتها وتجنب إعادة النظر في الدعوى وحماية نظام الطعن في الاحكام من التقويض تصنف ضمن قائمة واحدة، وتقف في خندق واحد.

وبالمقابل نجد أن احترام حق المتضرر بالمطالبة بالتعوض عن الأضرار التي اصابته من جراء حكم القاضي الخاطئ وردع التصرفات القضائية الخاطئة وحث القضاة على اخذ الحيطه والحذر أثناء ممارسة وظائفهم تقف في خندق مقابل.

---

(١) راجع: رمزي الشاعر: المسئولية عن اعمال، مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٢) راجع: Christian Hausmaninger, at p. 13

وفي تقديرنا أن الحل الأمثل هو تحقيق التوازن بين هــذه الأفكــار وعدم التضحية ببعضها على حساب البعض الآخر. ولعل هذا التوجــه قــد ظهر بصورة واضحة وجلية في العديد من القوانين الوضعية، والتي لم تشأ أن تجعل القضاة محصنين حصانة مطلقة من المسئولية المدنية، وفي نفــس الوقت لم تشأ أن تجعل القضاة مسئولين عن أي خطأ أو إهمال يقع منهم في أثناء قيامهم بوظائفهم، وإنما جعلتهم مسئولين في حــالات معينــة يحــددها المشرع الوطني على سبيل الحصر وفقاً لنظام يقرره ويحدد معالمه مقــدماً. وهذا هو النهج الذي تبنته دول النظام اللاتيني مثل: فلسطين مصر وســوريا ولبنان([1]).

المبحث الثاني
حصانة المحكم من المسئولية المدنية

من المسلم به أن المحكم يؤدي وظيفة مشابهة لتلــك التــي يؤديهــا قاضي الدولة، والمتمثلة في حسم المنازعات التي يطرحها عليه الخــصوم. وهذا التشابه في المهمة الموكولة إليهما والتمشي مع السياسة العامة الداعمة للتحكيم، دفع القضاء في دول النظام الأنجلو أمريكي، بخــلاف قــضاء دول النظام اللاتيني على مد الحصانة القضائية المقررة لقضاة الدولة أصلاً إلــى المحكمين. فما مضمون الحصانة القضائية للمحكمين من المسئولية المدنية؟ وما المسوغات التي تقف وراء تأييدها أو رفضها؟

---

(١) حبذا لو ان المشرع الأردني يسير على نهج الدول العربية الشقيقة في مجال مسئولية القضاة من خلال اخذه بمبدأ مخاصمة القضاكما هو عليه الحال في القانون الفلسطيني، أو الأخذ بنظام مداعاة الدوله كما هو الحال في القانون اللبناني.

المطلب الأول

مضمون الحصانة القضائية للمحكم من المسئولية المدنية

تقوم فكرة الحصانة القضائية للمحكم من المسئولية المدنية، والتي هي من بدع النظام الأنجلو أمريكي، على أساس تحديد مسئوليته المدنية، بحيث لا يجوز مساءلة المحكم عن أي خطأ يرتكبه في أثناء مباشرته لعمله، وإنما يسأل فقط عن أخطاء معينة، شأنه في ذلك شأن قاضي الدولة(1).

وقد تم تبني مبدأ الحصانة القضائية للمحكمين بداية من قبل القاضي (Bovill) في القضية الإنجليزية Tharsis Sulphur and Cooper Co. Ltd. V. Loftus (2) والذي رفض فيها إرساء سابقة قضائية بشأن مسئولية المحكم عن الأضرار التي أصابت الخصوم من جراء فعله الخاطئ. وأقام حكمه على غياب السابقة القضائية، وقضى بعدم مسئولية المحكم.

وقد سلك القضاء الأمريكية المنهج نفسه في قضية Jones v. Brown (3). وهي أول قضية تعرض على القضاء الأمريكي بشأن مسئولية المحكمين. ولقد شبهت المحكمة الأمريكية العليا في هذه القضية المحكم بالقاضي، وقضت بعدم جواز مساءلته عن الضرر الذي أصاب أحد الخصوم من جراء أفعاله الاحتياليه. لكن ذهبت المحكمة نفسها إلى رفض مد الحصانة القضائية

---

(1) راجع: هدى عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

(2) راجع: أحمد عبد الرحمن: عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

(3) راجع قضية: Jones V. Brown, 54 Lowa 74, 78, N. W140, 37 AM. Re p. 185 (1880).

مشار إليها في: Christian Hausmaninger, at p. 15

في كل حالة يثبت فيها أن المهمة الموكولة للشخص ليست مهمة قضائية؛ كمهام الوساطة والاستشارة والخبرة([1]).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة نفسها في قضية Donnelly Consttruction Company v. Obert([2]) بمسئولية المهندس المعماري، وعدت أن وظيفته لم تكن قضائية، وإنما اقتصرت على تحضير المخططات. كما قامت محكمة النقض الكندية بإبطال الحكم الصادر عن محكمة استئناف كيبيك والذي عد الأشخاص الملاحقين عن خطأ في تقدير قيمة البضائع أنهم كانوا يمارسون وظيفة المحكمين، وأكدت أن هؤلاء الأشخاص هم خبراء وليسوا محكمين حتى يتمتعوا بالحصانة([3]).

نلاحظ من خلال هذه القضايا في دول النظام الإنجلو أمريكي، والتي لم نجد ما يقابلها في دول القانون المدني، أن مد الحصانة القضائية للمحكمين يعتمد على طبيعة الوظيفة التي يؤدونها وهي الوظيفة القضائية. لذلك كان مضمون الحصانة القضائية يتمثل بوضوح في أن كل شخص يمارس وظيفة قضائية لا يكون مسئولاً عن الأخطاء التي يرتكبها بسبب أو نتيجة ممارسته لهذه الوظيفة، مع الاختلاف حول مدى هذه الحصانة على النحو الذي بيناه عند الكلام في موقف القانون والقضاء من مسئولية المحكم.

---

(١) راجع: هدي عبد الرحمن: دور المحكم، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

(٢) راجع قضية: Donnelly Construction Company v. Obert, 677, p. 2d 1292 (S. ct. Arizona 1984).

مشار إليها في: Christian Hausmaninger, at p. 25

(٣) مشار إليها في: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

المطلب الثاني

الأسباب التي تؤيد أو تعارض الحصانة القضائية للمحكم:

لقد أثارت مسألة الحصانة القضائية للمحكمين من المسئولية المدنية جدلاً فقهياً واسعاً لدى الفقه الغربي خصوصاً، وتعددت المسوغات في محاولة تأييد هذه الحصانة أو رفضها وسوف نبدأ بتحديد أسباب الحصانة القضائية للمحكمين من المسئولية المدنية، ثم أسباب رفضها.

أولاً: الأسباب التي تؤيد الحصانة القضائية للمحكم من المسئولية المدنية:

تتلخص هذه الأسباب في أن المحكم يؤدي الوظيفة نفسها التي يؤديها القاضي، وفي ضرورة التمشي مع نهج الدولة المعاصرة في دعم قضاء التحكيم، ونوضح هذه الأسباب على النحو الآتي:

السبب الأول: ممارسة المحكم لمهمة مماثله لمهمة القاضي:

تركز فكرة المقارنة بين المحكم والقاضي على أن المحكم يمارس وظائف مماثلة لتلك التي يمارسها القاضي([1]). ومن هنا كان المحكم مثل القاضي، يجب أن تكون لديه القدرة على فض النزاع بشكل مستقل من غير رهبة من احتمال مقاضاته من أحد الخصوم الذي لا يرضى عن الحكم التحكيمي الذي يصدره([2]). وهناك تعبير نموذجي لهذا المسوغ عبرت عنه

---

(١) راجع: **Mohmmed Bedjaoui,** The Arbitraor: One Man – Three Roles Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator, Journal of International Arbitration , 1988, vol. 4. N. I. p. 7.
وراجع أيضاً: Anastasia Tsakatoura, a p.4.

(٢) راجع: Robert Merkin, Arbitration Act 1996, LLp, London Honkong, 2000, p. 73.

محكمة كاليفورنيا في قضية Fong v. American Airline[1] "إن نزاهة العملية التحكيمية يمكن تحقيقها بشكل أفضل بالتعامل مع المحكم كصانع قرار مستقل غير مهدد بالدفاع عن فسه أمام المحكمة".

السبب الثاني: دعم قضاء التحكيم من قبل الدولة الحديثه:

تدعم معظم الدول في الوقت الحاضر التحكيم لكونه أسلوباً بديلاً لحل المنازعات؛ رغبة منها في تخفيف العبء الملقي على عاتق محاكمها؛ بسبب تكدس العديد من القضايا أمامها وبما يحققه التحكيم للدولة من منافع اقتصادية عندما تصبح ملاذاً آمناً للقضايا التحكيمية.

ولا شك أن مساءلة المحكمين عن أي خطأ يقع منهم في أثناء مباشرة أعمال وظيفتهم من شأنه أن يؤدي إلى إحجام المحكمين عن قبول المشاركة في حل النزاعات بدلاً من تشجيعهم على مثل هذه المشاركة[2]، أضف على ذلك أن مساءلة الحكمين من شأنه أن يؤدي إلى تفويض حجية الحكم التحكيمي عن طريق إعادة النظر في الدعوى.

ثانياً: الأسباب التي تعارض الحصانة القضائية للمحكم من المسئولية المدنية:

على الرغم من أن المحكم يمارس مهمة مماثلة لتلك التي يمارسها

---

(١) راجع قضية: Fong V. American Airlines, Inc., 431 F. supp. 1340 (N.D. Cal. 1977).

مشار إليها في: Christian Hausmaninger, at p.17.

(٢) راجع: Christain Husmaninger, at p. 16-17.

وراجع أيضاً: أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص ١٥٤.

القاضي؛ وهي حسم المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم، إلا أننا نجد هناك فوارق بين القاضي والمحكم من ناحية، والعملية القضائية والعملية التحكيمية من ناحية أخرى، دفعت البعض الى معارضة الحصانه القضائية للمحكم.

ونحن هنا بصدد بيان أسباب المعارضه لحصانه المحكم، وذلك على النحو الأتي:

السبب الأول: الفروق الجوهرية بين القاضي والمحكم:

على الرغم من أن المحكم يتشابه مع القاضي في بعض الوجوه، إلا انه توجد بينهما فروق جوهرية تميز كلاً منهما عن الآخر وقد سبق بيانها في المبحث الثاني من الفصل الأول عند الحديث عن الفرق بين المحكم والقاضي، كذلك عندما تحدثنا عن الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم ولذا نحيل هذا الأمر أو الموضوع إليها؛ تفاديا أو منعا للتكرار.

السبب الثاني: الفروق الجوهرية بين العملية التحكيمية والعملية القضائية:

العملية التحكيمية لا تخضع للضمانات نفسها التي تخضع لها العملية القضائية، فبينما يمكن إلى حد ما الحد من سوء التصرف القضائي عن طريق تصحيح الخطأ في الإستئناف، وبضمانات استقلال القضائي، إلا إننا نجد أن العملية التحكيمية تفتقر إلى هذه الأمور التي تحيط بالعملية القضائية والتي تسوغ الحصانة القضائية للقضاة من المسئولية عن أخطائهم([1]).

(١) راجع كلاً: Chrisain Husmaninger, at p. 18., Anastasia Tsakatour at p. 4

وبما أن المحكم يخضع بشكل أكيد للتأثير أكثر من القاضي، إذ يتم اختياره من قبل الأطراف ولفترة من الوقت، وكون حكمه غير قابل للطعن فيه بالإستئناف في بعض التشريعات([1]) نجد هذه الأمور تؤكد أن العملية التحكيمية أكثر ضعفاً من العملية القضائية وأن المحكم لديه فرصة أكبر لإرتكاب الأخطاء ومن هنا يجب ألا يتمتع بالحصانة أو على الأقل التمتع بحصانة مقيدة([2]).

وبالرجوع الى قانون التحكيم الفلسطيني نجد أن المشرع الفلسطيني سارعلى نهج المشرع المصري والاردني في مسألة عدم قابلية حكم التحكيم للاستئناف او الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن. ولكن ما يجدر بنا ملاحظته هو ان المشرع الفلسطيني أجاز في الماده ٤٦ من قانون التحكيم بإستئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصه بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم للأسباب المذكوره في نص القانون، حيث تنص الماده ٤٦ على انه:

---

(١) تنص المادة (٤٨) من قانون التحكيم الأردن على أنه: "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذه القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة في المواد (٤٩) و (٥٠) و (٥١) من هذا القانون".

- وراجع أيضاً :المادة (١/٥٢) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤، والمادة (٢١٧) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٩٢، والمادة (١/٥٢) من قانون التحكيم العماني لسنة ١٩٩٧، والمادة (٣٤) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥.

(٢) راجع كلاً من: Christain Hausmaninger, at p. 18 Mauro Rubino Sammartano, at p. 358 Anastasia Tsakatour, at . p. 7.

" مع مراعاة أحكام المادة ٤٤ من هذا القانون[1] بشأن المواعيد تسري على إستئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة قواعد وإجراءات الإستئناف المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها". وبالرجوع الى قانون التحكيم المصري والأردني نجد أن المشرع المصري والأردني سكتا عن تنظيم هذه المسأله القاضيه بإستئناف قرار الصادر من المحكمة المختصه بنظر اسباب دعوى بطلان حكم التحكيم.

(١) تنص الماده ٤٤ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه"١- يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم ان كان وجاهيا وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه.٢- إذا بني الطعن في قرار التحكيم على الفقرة السابعة من المادة (٤٣) من هذا القانون فيبدأ ميعاد الطعن من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع".

الفصل الثامن

مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين([1])

حكم المحكم قد يواكب كبد الحق والصواب، وقد ينحرف إلى غير ذلك، وقد يرتكب المحكم خطأ ما أثناء نظر التحكيم أو قد يفسر الأدلة والبراهين تفسيراً خاطئاً يبني عن هوى أو طيش أو غش أو تدليس كما أنه قد يرتكب خطأ مهنياً جسيماً، لذلك لا يمكن أن تثار مسئولية المحكم سواء كانت مسئولية شخصية أو مسئولية الهيئة التي قامت بعتيينه واختياره، والمحكمون في محاكم العدل ملتزمون بعدد من الواجبات، سواء فرضها القانون أو الأخلاق أو الأعراف([2]).

ونرى أن أهم واجب يجب أن يلتزم به المحكم هو العمل بعدالة تجاه الأطراف([3]) ومن المعروف أن الأشخاص المهنية مثل المحامين والمحاسبين

---

(١) **Hamid Andaloussi**, I'independence de I'arbitrage, I'arbitrage commercial international dans les pays Arabes, Bulletin de la cour in ternationale d'arbitrage de la ccimai, 1992, P. 43.

راجع ايضا: د/ محمد نور عبد الهادي شحاته: النشأه الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، مرجع سابق، ص٥ وما بعدها. وراجع: علي سالم ابراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص٣. وراجع: د/عادل محمد خير: حصانه المحكمين مقارنه بحصانه القضاء، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٩٥، ص٤. وراجع: مختاراحمد البريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٤. وراجع:عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص٢٣٨. وراجع: د/ احمد صالح علي الخلوف: إتفاق التحكيم كأساس لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢.

(٢) Alan Redfern And Martin Hunter, low and practice of inter national Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, London, 1991 p. 262.

إذ يذكر: The duties of an arbitrator may be subdivided into three categories: duties imposed by the parties, duties imposed by low, and ethieal duties.

(٣) Alan Redfern And Martin Hunter, Op, Cit, 264.

والمهندسين والمعماريين يعملون تحت واجب أن يبدوا عملهم المهني بمهارة وعناية وهم مسئولون مسئولية قانونية عن الأخطاء التي تقع منهم،وهناك اختلاف بين عمل هؤلاء وعمل المحكم الذي يفصل قراره في نزاع بين طرفين أو أكثر ومن الصعب تحديد مسئولية المحكم بدقة ولكن يجب عليه أن يبذل قدراً كبيراً من العناية والجهد.

ومن مطالعة بعض النظم القانونية فيما يخص نظام المسئولية نجد أن معظم هذه النظم لم تنظم هذا الموضوع، إلا في بعض الدول مثل النمسا وهولندا التي نص في تشريعاتها على بعض أحكام تلك المسئولية[1] فإذا فشل المحكم في العمل بعدالة كأن تقاضى رشوة وجب أن يسأل قانوناً مسئولية شخصية مباشرة[2].

وجميع النظم القانونية ترتب مسئولية المحكم في حالة الغش (القانون الأمريكي، والقانون الإنجليزي)، التي تتبنى قاعدة حصانة المحكم، إلا أنهما أستثني حالة سوء النية، وكذلك القانون الفرنسي يقر حصانة المحكم إلا إذا ثبت ضده بالدليل الغش أو الخطأ الجسيم[3].

---

(١) Alan Redfern And Martin Hunter, Op, Cit , 267 .

(٢) Alan Redfern And Martin Hunter, Op, Cit, 270.

(٣) راجع: عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سابق – ص ٢٣٨، ثم يضيف سيادته قائلاً إن الخطأ الجسيم يبقي نافذة لمسئولية المحكم في كل الأحوال، فخطأ المحكم الجسيم في فهم تقدير الوقائع أو في الحلو تشكل خطأ جسيماً – ذلك يستدعي تحقيق المسئولية. وراجع: عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص٢٣٠.

وتحديد قواعد المسئولية في النظم القانونية ليست واحدة ففي المملكة العربية السعودية لا يوجد نص محدد يقر هذه المسئولية، وإنما يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية –

ونرى أن تحديد المسئولية عن خطأ المحكم يرجع إلى طريق إختيار المحكم سواء تم عن طريق الأفراد أو هيئات التحكم أو الدولة، وسوف نتناول ذلـــك على النحو الآتي:

= التي تحدد حالات ونطاق تلك المسئولية. **وراجع في ذلك:** عبد الحميد الأحـــدب: المرجـــع السابق، ص٣٥١. وتناول سيادته نظام المسئولية في بعض الدول مثل دولة العراق فقد نص على أنه: في حالة إخلال المحكم بما التزم به يجوز إلزامه بالتعويض (م ٢٦٠ مرافعات) أو أن يكون مهتماً بالتقصير فقد دون تطبيق قواعد المسئولية العقدية عليه. **وراجع:** عبد الحميـــد الأحدب، المرجع السابق، ص٤٦٥، أما دولة قطر فقد نص في المادة (٢/١٩٤) من قـــانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه في حالة إخلال المحكم بالتزاماته تترتـــب المـــسئولية التعاقدية. **وراجع:** عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٥٣٦، وفي دولة الكويت نـــص في المادة (٢/١٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ على إقامة دعوى المسئولية على المحكم وتعويض المضرور. **وراجع:** عبد الحميد الأحـــدب، المرجـــع السابق، ص ٥٦٣، أما في دولة المغرب فقد نص في المادة (٢/٣١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: في حالة الإخلال بالتزامات توجب المسئولية ويجـــب التعـــويض للطرف المضرور. **وراجع:** عبد الحميد الأحدب، المرجع الـــسابق، ص ٤٦٥. **أمـــا بـــاقي تشريعات الدول العربية** فإنها لم تنص على المسئولية بشكل صريح بقانون التحكيم وانما يمكن الرجوع الى القواعد العامه في القانون المدني التي تحدد نطاق مسئولية المحكـــم، فالمـــشرع المصري لم ينص على المسئولية بقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المشرع الأردني لـــم ينص بقانون التحكيم لسنه ٢٠٠١ على المسئولية المدنية للمحكم، والمشرع الفلسطيني لم ينص على المسئولية بقانون التحكيم رقم٣ لسنة ٢٠٠٠ والمشرع اللبناني لم ينص على المسئولية في القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٢ والمعدل للقانون الصادر في ١٩٣٣، والمشرع اليمني لم ينص في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ والخاص بالتحكيم على مسئولية المحكـــم، كـــذلك قـــانون المرافعات المدنية البحريني رقم ١٢ والصادر في ١٩٧١/٦/٢٢ وقانون دولة تونس رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ والمنشور بتاريخ ١٩٩٣/٥/٤، وقانون دولة الجزائر في الرسوم قانون رقـــم ٩ لسنة ١٩٩٣، وقانون دولة عمان بقانون حسم المنازعات التجارية الصادر في ١٩٨٤. **راجع ايضا في ذلك:** موقف الأنظمة القانونية والقضائية المقارنه من مسئولية المحكم المدنية، الفصل الخامس من هذا البحث.

المبحث الأول: مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين المعينين بواسطة الخصوم.

المبحث الثاني: مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين المعينين بواسطه هيئات التحكيم.

المبحث الثالث: مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين المعينين بواسطة السلطة القضائية.

المبحث الأول

مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين المعينين بواسطة الخصوم

المحكم يقوم بمهمة القضاء في أمور غاية في الأهمية وكل أليه الخصوم الذين قاموا باختياره دون سلطان عليهم من الغير في الاحتكام إليه لإصدار حكم يفصل في نزاع دائر بين طرفين أو أكثر. فهو قبل أن صدر حكمه يجب أن يوقع إقرارا على نفسه أنه يقر وهو بكامل قواه العقلية وحريته أنه سيحكم بين الأطراف بالعدل في غياب الأطراف، وأن يكون حكمه عدلاً في المستقبل[1].

وبذلك تكون أداة تعيين المحكم هي إرادة الأفراد الخاصة أو الذاتية، ولا شك في الطابع العقدي للعلاقة بين المحكم والطرف الذي قام باختياره مباشرة[2] على أن الأمر هنا لا يمكن تكييف على أنه عقد وكالة بين المحكم والطرف الذي اختاره، لأن من حق الموكل أن يقيل الوكيل في أي حالة كانت عليها

(١) Alan Redfern And Martin Hunter, Op. Cit, P. 263.

(٢) راجع: مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع ساق، ص ٨٤.

الوكالة، وهذا الأمر لا يمكن التسليم به هنا، فلا يجوز عزل المحكم بالإرادة المنفردة([1])، كما لا يكن القول بوجود عقد تأجير خدمات، لأنه يناقض فكرة استقلال المحكم وعدم تبعيته لأحد، والبعض يري أن فكرة وكالة المصلحة المشتركة هي التي تربط بين المحكمين وأطراف النزاع، سواء تعلق الأمر باختيار مباشر أو غير مباشر([2]). ونحن ننضم إلى هذا الرأي فيما ذهب إليه، ويترتب على ذلك أن المحكم لا يجوز عزلة بالإرادة المنفردة، وأن مهمته تنتهي بإصدار حكم حاسم لإنهاء النزاع بين الخصوم، كما أنه يلتزم بأحكام القانون الذي اتفق عليه أطراف النزاع والإجراءات التي شرع في وضعها الأطراف([3])، وكذلك مكان وزمان التحكيم، كما أنه يلتزم بمبدأ المساواة أمام الغير والحيدة وعدم الانحياز إلى طرف من أطراف النزاع([4])، كما يجب على المحكم أن يؤدي ما فرض عليه في الوقت المحدد له وبحرص مطلوب([5])، لأن العدل المتأخر عدل غير مرغوب فيه([6]).

فإذا انحرف المحكم عن تنفيذ ما اتفق عليه الأطراف كأن يكون قد

---

(١) منعا للتكرار، أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا البحث، تحت عنوان " المحكم والوكيل".

(٢) راجع: مختار أحمد بريري: المرجع السابق، ص ٨٦.

(٣) منعا للتكرار، أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثالث من هذا البحث.

(٤) منعا للتكرار، أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الأول من الفصل الثالث من هذا البحث.

(٥) منعا للتكرار، أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثالث من هذا البحث.

(٦) Alan Redfern And Martin Hunter, Op. Cit, P. 268.

ارتكب خطأ متعمداً، أو وقع منه غش أو تدلس أو خطأ مهني جسيم، تتحقق مسئوليته الشخصية طبقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية ويمكن للمضرور من حكم المحكم طلب التعويض، وإقامة دعوى المسئولية ضد المحكم المتسبب في ذلك ويحكم على المحكم بالتعويض ويكون المختص بنظر دعوى التعويض هو القضاء العادي، ويسدد المحكم التعويض من ماله الخاص، ويضرب الأستاذ REDFERN مثالاً لذلك أن الشريك الذي يعاني من الخسارة بسبب إهمال المحكم وإخلال بواجب العناية يجب أن يعوض أو أن تجب خسارته من مال المحكم الخاص([1]). أما إذا بذل المحكم جهداً وعناية لتفسير النصوص القانونية الواجبة التطبيق، ومع ذلك أخطأ فنرى أنه في هذه الحالة يمكن أن تثار مسئوليته التقصيرية.

أما عن إثارة مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين في هذه الحالة فإنه أمر لا يمكن إقراره إذ الدولة غير مسئولة عن الأعمال التي تصدر عن محكمين مختارين بطريق الإرادة الذاتية للأفراد.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى القول([2]) : إن المحكم يؤدي مهمته شأنه في ذلك شأن القاضي والمحامي والطبيب والخبير، وأن الرابطة بين المحكم والأفراد رابطة تعاقدية من روابط القانون الخاص سواء كانت رابطة مباشرة أو غير مباشرة، وأن أساس المسئولية هو الخطأ العقدي أي إخلال بالتزام عقدي، أما المسئولية التقصيرية تقوم نتيجة الإخلال بالتزام قانوني واحد لا

---

(١) Alan Redfern And Martin Hunter, Op. Cit, P. 264.

(٢) راجع: عادل محمد خير: حصانة المحكمين، مرجع سابق، ص ٨٥.

يتغير وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، وأن العمل الواحد قد يترتب عليه مسئولية واحدة وقد تترتب عليه المسئوليتان معاً.

وقد ظهر في الآونة الأخيرة كثرة تعيين المحامين كمحكمين، وفي هذه الحالة يلتزم المحامي بمثل ما يلتزم به المحكم([1]).

كما يمكن تقرير مسئولية المحكم تجاه الغير([2]) ويمكن لهذا الأخير إقامة دعوى تعويض على المحكم، رغم أنه لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم إذا كان الغش أو التدليس الذي قام به المحكم قد أصابه بضرر، وتكون مسئولية المحكم أمام الغير مسئولية تقصيرية([3]) وليست عقدية.

ويتضح من مطالعة نصوص القانون المصري والأردني والفلسطيني والفرنسي ولوائح مراكز التحكيم أنها لم تضع لوائح خاصة بمسئولية المحكمين، وعلى حد علمنا القاصر حتى اليوم لم يصدر حكم من القضاء الفرنسي أو المصري او الأردني أو الفلسطيني يقر مسئولية المحكم ويقضي

---

(١) فقد جاء في القواعد الداخلية لرابطة قضاة باريس في المقال ٢٦ إذا تم تفويض المحامي للعمل كمحكم فسيتعرض في عمله لنفس الواجبات المفروضة على المحكم في تلك المهنة وذلك بأن يضع في حسبانه دائماً القواعد الخاصة التي تحكم المهنة والتي تتعلق باستقلال المحكم وعدم تحيزه لأي طرف من الأطراف الأخرى واحترامه لسرية المداولات. راجع في ذلك المقال التالي:

Internationl Financial Law Review. March 1991, P. 32.

(٢) منعا للتكرار، أشرنا الى هذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الأول من الفصل الرابع من هذا البحث.

(٣) راجع: عادل محمد خير: حصانة المحكمين، مرجع سابق، ص ٨٥.

بالتعويض منه عن خطأ سبب ضرراً للخصوم أو الغير ونرى أنه يجب على المشرع أن ينظم مثل هذه المسئولية بقواعد جازمة تفوق حكم القواعد العامة في المسئولية، لأن المحكم يقوم بعمل غاية الأهمية وهو القضاء، وأن حصانة المحكم لا تحول دو مساءلته قانوناً إذا ارتكب خطأ جسيماً مثال ذلك قبول الرشوة([1]).

كذلك الأمر فيما يتعلق بما إذا كان من بين المحكمين شخص اعتباري، فتقرر المسئولية ضده في اقتضاء التعويض، ويحق للمضرور إقامة مثل هذه الدعاوي ضد الشخص الاعتباري الذي كان أحد أطراف محكمة التحكيم، أما إذا كان شخص المحكم فرد طبيعي يعمل لدى شخص اعتباري، وقبل التحكيم باختياره، وباعتباره شخصاً طبيعياً وليس اعتبارياً فإن دعوى المسئولية تقام ضد شخصه فقط، ولا مسئولية على الشخص الاعتباري الذي يعمل لديه.

---

(١) Alan Redfern And Martin Hunter: Op. Cit, P. 270.

ونشير الى إن المحكم يعد في حكم الموظف العام ازاء جريمة الرشوة عملا بالمادتين ١٧٠ و ١٧١ من قانون العقوبات الاردني. وننوه هنا الى أن قانون العقوبات الأردني ما زال مطبق في فلسطين. ولكن يوجد مشروع قانون عقوبات فلسطيني عالج هذه الحاله في الماده ١٠٧ وما بعدها. كذلك راجع الماده ١٠٣ وما بعدها والماده ١٠٩ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٧.

المبحث الثاني
مسئولية الدولة عن أعمال المحكمين المعينين
بواسطه هيئات التحكيم

قدمنا أن الأصل أن يتم اختيار المحكمين بواسطة إرادة الأطـــراف المباشرة كما أنه يجوز للخصوم اختيار المحكمين بطرق غير مباشر، وذلك إذا ارتضوا الخضوع لقواعد التحكيم عن طريق تشكيل هيئة التحكيم بواسطة مراكز أو هيئات تعمل في مجال التحكيم. والعلاقة بين المحكم والطرف القائم باختياره وهي هيئة التحكيم أو مركز التحكيم تخضع للطابع العقدي وأن المحكم ملتزم بالقواعد والإجراءات الوردة بالعقد وطبقاً، للقواعد والاشتراطات الموقعة بينه وبين الهيئة أو المركز وبمراعاة القواعد واللوائح التـــي تـــضعها هيئـــة أو مركز التحكيم عموماً.

فإذا أخل المحكم بذلك كان مـــسئولاً تجاههـــا وملزمـــاً بتعـــويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الخاصة التي بدت منه وذلك طبقـــاً للقواعـــد العامة في المسئولية، ولكن يتطلب أن يكون المحكم قد صدر منه خطأ رتب ضرراً للغير أو لأحد الأطراف.

وذهب البعض إلى القول بأن العقد المبرم بين المحكم ومركز التحكيم يعتبر عقداً من العقود التي ترد على الخدمات([1]) وقد اختلف الفقه في تحديد حقيقة العلاقة بين المحكم ومركز التحكيم من حيث نوع المسئولية.

---

(١) راجع: عادل محمد خير: حصانة المحكمين، مرجع سابق، ص ٨٦.

ويتضح أن الخصوم المحتكمين حينما يلجئون إلى هيئات أو مراكز التحكيم ذات الشهرة أو السمعة والمخصصة في مجال التحكيم سواء الدولية أو المحلية مثل اللجنة الوطنية لغرفة التجارة الدولية بباريس أو المركز الإقليمي التابع للأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي أو المركز الإقليمي التابع للجمعية الأمريكية للتحكيم أو لمحكمة تحكيم لندن إنما يلجأ الأفراد إليها لأنها توجد بها أنظمة مقننة ومعده من قبل وأن المحكمين المقيدين بها ذوي ثقة وكفاءة عالية ولديهم الخبرة العالمية والدولية وتتوافر فيهم صفة القاضي الخاص.

وفي تحديد مسئولية مراكز التحكيم عن أخطاء محكميها، يرى رأي من الفقه([1]) ونحن نؤيده فيما ذهب إليه من أن المسئولية هنا تخضع لقاعدة مسئولية المتبوع عن عمل تابعه، بذلك تقرر مسئولية مراكز التحكيم عن الأخطاء التي تصدر عن المحكمين المعنيين بها غذ لها ولاية الرقابة والإشراف على المحكمين الخاضعين لها وهي التي تضع اللوائح والقواعد التي جيب أن يسير عليها محكميها.

كما أن محكمة النقض المصرية قضت: بأن مؤدي نص المادة (١٧٤) من القانون المدني هو قيام علاقة التبعية على توافر الولاية في

(١) راجع: عادل محمد خير :حصانة المحكمين، مرجع سابق، ص ١٠١. تنص الماده ١٩٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه: " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حال تأديته وظيفته أو بسببها. ٢- تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعيه، متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه". حيث ان حكم هذه الماد يطابق حكم نص المادة ١٧٤ مصري، ١٧٥ سوري، ١٣٦ جزائري.

الرقابة والتوجيه، بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه وفي تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها[1] سلطة أو مكنة الرقابة والتوجيه يجب أن تكون مكنة حقيقية فعلية ولا يكفي أن يكون متولي الرقابة مراقباً من الناحية الإدارية.

وتتقرر قاعدة مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة، وكذلك قاعدة أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، ليمنح الحق للأفراد المضرورين من عمل المحكم، في طلب التعويض من المحكم وكذلك من مركز أو هيئة التحكيم التي اختارت المحكم التابع لها[2] ومثال هذه الأخطاء أن يصدر حكم المحكمين بعد انتهاء مهلة التحكيم أو عدم تسبب حكم التحكيم.

وتتحقق مسئولية هيئة أو مركز التحكيم عن أعمال المحكمين المعينين بواسطتها طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لان التضامن في المسئولية بين المسئولين عن الفعل الضار يفترض بنص القانون، مما يجعل قواعد المسئولية التقصيرية هي المختصة دون غيرها بتقرير مسئولية مراكز

---

(١) راجع: نقض مدني رقم ٢٨/١٢٣ قضائية جلسة ١٩٦٣/٥/٩ – مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ قاعدة رقم ٩٤ ص ٦٦٣.

(٢) راجع: عادل محمد خير: حصانة المحكمين، مرجع سابق، ص ١٠٢. . تنص الماده ١٧٩ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه: " كل من ارتكب فعلا سبب ضررا للغير يلزم بتعويضه". حيث تقرر هذه المادة قاعدة علمة تتمثل في أن كل من ارتكب فعلا يصيب الغير بالضرر يلزم بالتعويض، وتستند هذه القاعدة إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وما نص عليه في مجلة الأحكام العدليه (لا ضرر ولا ضرار) في المادة ١٩ "والضرر يزال" في المادة ٢٠.

التحكيم عن أعمال محكميها.

وقد تضمنت أحكام القانون المدني المصري في المادة (٢/٢٢١) التعـويض عن المسئولية العقديه عن الضرر الذي يكون متوقع الحصول عـادة وقـت العقد إذ يجب أن يكون منصوصاً على التضامن بين المدنيين في العقـد ولا يفرض الالتزام على الغير بدون النص عليه في المسئولية العقدية([1])، أما في نطاق المسئولية التقصيرية فيقدر التعويض بقدر الضرر المباشر الذي نجـم عن الفعل الضار سواء كان ذلك الضرر متوقعا أو غير متوقع (م ١/٢٢١) ([2])، هذا مما جعل المطالبة بالتعويض عن المحكمين أو مراكز التحكيم تكون أجدى في حالة تأسيسها على قواعد المسئولية التقـصيرية دون المـسئولية العقدية.

---

(١) تنص الماده ١٣٩ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه: "١- إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما نحق الدائن من خسارة وما فاتـه مـن كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كليا أو جزئيا، أو تنفيذه علـى وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فـي اسـتطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.٢-إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. ٣- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، وفي هذه الحالة، لا يجوز أن ينتقل إلى الغيـر إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي".وليس لهذا النص مقابل فـي القـانون المدني الأردني. إلا انه ورد في مذكرة الماده ٣٦٣ من القانون المدني الأردني: " ومع ذلـك ففي الألتزام الذي مصدره العقد لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غـشا أو خطـأ جـسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقه عادة وقت التعقد". المذكره الايضاحية ، ص٤٠٢.

(٢) راجع الفقره الأولى من نص الماده ١٣٩ من مشروع القانون المدني الفلـسطيني الـسالف ذكرها. حكم هذه الماده تطابق حكم المادة ٢٢١مصري، ٢٢٢ وحكم الماده سوري، وحكـم الماده ١٨٢ جزائري.

ونرى أنه إذا كان الضرر مترتباً على خطأ جسيم وقع من المحكم منفرداً فإن الدعوى تقام ضد المحكم وتختصم هيئة التحكيم التي قامت باختيار ويقضي بالتعويض في هذه الحالة من مال المحكم الشخصي ويستحق المضرور التعويض من مركز التحكيم على أن تقوم هي بالرجوع عليه لاقتضاء المدفوع للمضرور، ويكون حجم الضرر هو أساس تقدير التعويض.

المبحث الثالث
مسئولية الدولة في حالة إختيار المحكمين بواسطة السلطة القضائية

تنص الماده ١٧ من قانون التحكيم المصري على انه: يكون لطرفي التحكيم الإتفاق على إختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت إختيارهم فإذا لم يتفقا يكون إختيار المحكين بواسطة قضاة الدولة، **ويكون ذلك في الحالات التالية:**

١- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ولم يتفق الأطراف على اختياره، تولت المحكمه المشار اليها في الماده ٩ من قانون التحكيم المصري إختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

٢- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين واختار كل طرف محكم ولم يتفقا على اختيار الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمه المشار اليها في الماده ٩ من قانون التحكيم المصري إختياره بناء على طلب أحد الطرفين([١]).

---

(١) راجع: على سالم إبراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

٣- إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن، تولت المحكمه المشار اليها في الماده ٩ من قانون التحكيم المصري إختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

٤- ولقد أوجب القانون على المحكمة التي يوكل إليها تعيين المحكم أن تراعي الشرط التي يتطلبها القانون والتي اتفق عليها الطرفان ويجب أن يصدر قرار المحكمة باختيار المحكم على وجه السرعة على أن قرار اختيار المحكمة من قبل المحكمة لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن[1].

وقد نص على ذلك قانون التحكيم الفلسطيني في الماده ١١ منه، حيث جاء

---

(١) تنص الفقره الثانية من الماده ١١ من قانون التحكيم الفلسطيني على انه:"٢ - تصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، ويكون القرار غير قابل للطعن".

ونشير هنا الى أن الأمر في قوانين التحكيم السابقة لم يكن بنفس الوضع الذي عليه الأن، فيلاحظ أن القانون المصري في المادة (٧٩٦) مختلط والمادة (٧٠٧) أهلى تنص على أن "إذا لم يعين الخصوم المحكمين في المشاركة في المشارطة ولم يتفقوا على تعيينهم وقت المنازعة.. فإن أمر تعيينهم يكون من سلطة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل بتعيين المحكم. كما قد نص في المادة (٨٢٥) من مجموعة المرافعات الصادرة في سنة ١٩٤٩ على نفس هذا الحل السابق إلا أن المشرع المصري بصدور قانون المرافعات الصادر في ١٩٦٨ وكذلك قانون التحكيم الصادر في ١٩٩٤، لم ينص على هذا الشرط وأوجب تعيين لأشخاص المحكمين في قانون التحكيم أو في عقد لاحق عليه (م ٣/٥٠٢) وعصفت بأحقية المحاكم في تعيين أشخاص المحكمين بدلاً من الخصم الممتنع أو عند حدوث أي عارض أثناء تشكيل هيئة التحكيم.

فيها انه[1] : " ١- بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئـة التحكـيم تعـين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتيـة : أ- إذا كان اتفاق التحكيم يقـضي بإحالة النزاع إلى محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكـم. ب- إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يقم بذلك.ج- إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه باختياره محكماً. د- إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الأطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم أو أصبح غير أهل لذلك أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك الطرف خلفاً له. هـ- إذا كان على المحكمين تعيين ولم يتفقوا. و- إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم، ولم يتضمن اتفاق التحكـيم كيفية تعيين خلف له ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف.٢- تـصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليـغ الطـرف الآخر بنسخة الطلب، ويكون القرار غير قابل للطعن".

وقد نص على ذلك القانون الفرنسي، على أنه إذا ظهرت مشكلة فـي تشكيل محكمة التحكيم بسب أحد الأطراف أو بسبب عدم الاتفاق على كيفية تعيين المحكمين فإنه رئيس المحكمة الكلية هو الذي يتولي تعيين المحكـم أو المحكمين وقد أكد القضاء ذلك في أحكامه[2]، كـذلك فقـد تـنص المـادة

---

(١) حكم هذه الماده يطابق حكم الماده ١٦ من قانون التحكيم الأردني

(٢) Trib ggrinst Paris. Ard refere 21-2-1983 note moreau. Rev. Arb 1983. P. 479.

مشار اليها في المرجع: د/ حسان عبد السميع هاشم ابو العلا : مسئولية الدوله عن اعمـال السلطه القضائيه- دراسه مقارنه، رساله، حقوق القاهره، ٢٠٠١، ص٤٨٩ .

(١٤٥٤) فرنسي على حالة ثانية لتعيين المحكم من قبل قضاة الدولة[1] وهي: حالة ما إذا كان ارتكب المحكم المعين من قبل الدولة ثمة ما يتسبب فيه من أخطاء تثير المسئولية، وتقام الدعوى ضد الحكم وتختصم فيها الدولة في حالة مسئولية المحكم الشخصية وتقوم الدولة بدفع التعويض للمضرور، على أن تقوم بالرجوع عليه بمبلغ التعويض المقضي به، إلا أنه يجب أن يكون خطأ المحكم جسيماً.

ونرى أنه أمام عجز القانون على النص على تدخل الدولة في تشكيل هيئة التحكيم بصدور القانون رقم ٢٧ في ١٩٩٤، نرى أن نص المادة (١٧) الواردة بقانون التحكيم الجديد، والتي تتحدث عن بعض الصعوبات التي تواجه التحكيم، يمكن اعتبار هذه الصعوبات أو القعبات واردة على سبيل المثال لا الحصر، ويمكن أن يضاف إليها حالة تدخل الدولة لتعيين بعض أو كل المحكمين في حالة عدم نص المتخاصمين على تحديد المحكمين أو في حالة نصهم على تحديد عدد زوجي للتحكيم، هنا يمكن للدولة أن تتدخل وتقوم بتعيين محكم وترا أو تعيين محكمين آخرين[2].

وهذا الحل هو ما أخذ به القضاء الفرنسي، فقد ذهب إلى أن طلب شركة (P)، من رئيسي محكمة باريس الكلية تعيين المحكم الثالث فاعترض الشركة

---

(١) وقد جاء نص المادة كالآتي:

Art: 1454, lorsque les parties designent les arbitres en nombre paire, le tribunal arbitral est complete par arbiter choisi, soit conformement aux previsions de parties, soit en l'absence de telles previsions par les arbitres designes soit a defaut d'accord entre ces derners par le president du tribunal de grand instance.

(٢) راجع: على بركات: خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص١٤٢.

(G) على طلب التعيين لأن الشخصين المختارين مختلفان فيما بينهما على تفسير البند المذكور، وبالتالي يكون المختص بنظر النزاع هو القضاء، وقد قضت المحكمة بأن "الطرفين قد اتفقا على أن يتم الفصل في النزاع بحكم صادر من هيئة محكمين وليس إلى رأي من هذه الهيئة، ولم يدع أحدهما البطلان الظاهر لشرط التحكيم، فإن ذلك يعد صعوبة في تشكيل هيئة التحكيم تبيح لرئيس محكمة التدخل لتعيين محكم ثالث"([1]).

ويسأل المحكم إذا تسبب بخطئه في صرف مبالغ كبيرة عن إجراء التحقيقات إذا كانت المبالغ المنصرفة لا تتساوى مع قيمة موضوع النزاع، كما أنه

---

(١) TG 1 Paris 22 Av. 1983 Rev. arb 1983, 479 3e Esp p. 484.

مشار اليها في المرجع: حسان عبد السميع هاشم ابو العلا : مسئولية الدوله، مرجع سابق، ص٤٩٠

ويلاحظ أن القانون الفرنسي لم يرد به نص يجيز للقاضي أن يعمل محكما وأن أحكام المحاكم الفرنسية وأحكام محكمة النقض وأن كانت لم تنص على عمل القاضي كمحكم، إلا أنها لم تمنع أن يقوم القاضي بعمل المحكم.

أما القانون المصري فإنه لم يترك هذا الأمر لاجتهاد الفقه بل حسمه منذ البداية بقانون السلطة القضائية رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣م وكذلك القانون الصادر برقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧ بشأن تعديل قنون السلطه القضائية في المادة (٢/٦٣) إذ نص على تحريم عمل القاضي بالتحكيم، سواء بأجر أو بغير أجر بدون موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، وإن كنا نرى أنه لا مانع في جواز تحكيم القاضي بشروط وضوابط سواء كان القاضي المحكم فرادا أو أن يكون رئيسياً لهيئة التحكيم، ويكون ذلك بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية وأن يتم اختياره بطريقة الخصوم. وكما نص في المادة (٢/١٧) من قانون التحكيم "على أن يصدر وزير العدل القرار اللازم لتنفيذ أحكام هذا القانون ويضع قوائم المحكمين التي يجري الاختيار من بينهم وفقاً لحكم المادة (١٧) من هذا القانون" إن وزارة العدل هي التي تعين المحكم وهي المسئولة عن أعماله مسئولية التابع عن أعمال تابعة.

يسأل إذا أخفى عن أحد الخصوم أنه ينتمي إلى أحد الخصوم أو توجد صلة قرابة أو صداقة مع طرف دون الآخر، أما المسئولية الجنائية فتطبق على المحكم إذا ارتكب خطأ جنائياً أثناء تأدية عمله(١).

على أنه يجب أن يكون مستقرا في الأذهان عدم المغالاة والإفراط في قواعد المسئولية بالنسبة للمحكمين بالقول دائماً بأن أعمال المحكمين ينتج عنها ضرر جسيم للغير أثناء ممارستهم لواجباتهم هذا القول يعوق مهمة التحكيم، وهذا ما أثير في قضية محكمة (بريدا) "بهولندا" في ١١/٩/١٩٩٠م بأن المسئولية التي على غير أساس تقوض من إمكانية التحكيم وأدائه(٢) فيجب أن يقدر كل شيء بقدره.

على أن ما ننادي به يكتنفه الكثير من الصعوبات، ومن هذه الصعوبات كيفية تحديد الخطأ الموجب لمسئولية المحكم، ومعياره، وهل يمكن الرجوع في ذلك إلى نص عليه القانون في حالة مخاصمة القضاة أم يخضع المحكمون لقواعد تختلف عن تلك التي عليها أعضاء السلطة القضائية فيما يخص المخاصمة؟

ونرى عدم انطباق قواعد المخاصمة المنصوص عليها في قانون المرافعات على المحكمين، بسبب عدم انطباق شروطها وضوابطها على المحكمين.

---

(١) International Financial Low Revier March – 1991 – P. 33.

(٢) International Financial Low Revier March 1991 P. 33.

كما تظهر صعوبة أخرى عندما يكون الخطأ ناتج عن عمـــل محكـــم أجنبي وترجع الصعوبة هنا إلى كيفية قواعد تلـــك المـــسئولية وإجـــراءات المطالبة بالتعويض والمحكمة المختصة بنظر الدعوى المختصة.

الخلاصة:

نخلص إلى أن التحكيم هو لجوء أطراف النزاع إلى أفراد غير قضاة الدولة للفصل في نزاع قائم بشروط وضوابط يرونها هم أنفسهم ونـــرى أن التحكيم لا يعد عملاً قضائياً بحتا بل هو نوع من أنـــواع القـــضاء الخـــاص لاختلافه من حيث الإجراءات والشروط والمضمون عن قضاء الدولة.

أما من حيث مسئولية المحكم فنرى أن المحكم يجب أن تقرر مسئوليته إذا ارتكب عملاً يضر بالغير سواء كانت هذه المسئولية شخصية أو مسئولية مراكـــز التحكيم أو أن تكون مسئولية الدولة التي قامت بتعيين المحكم.

ونرى أن تقرير مسئولية المحكم لا تتعارض مع حصانته، ويجب أن تتساوى المسئولية لدى المحكم مع الحصانة، حتى يأتي حكمه مطابقاً لكبـــد الحقيقة، وحتى يتأتي عن أي سلوك شائن أو أن تزل قدمه إلى ارتكاب عمل يحرمه القانون والأخلاق وهو يعلم أن حصانته سوف تحول دون محاسبته، فتضيع الحقوق وتهدر بسبب ما يطلق عليه بالحصانة.

ويجب أن تقدر المسئولية بقدرها فـــلا إفـــراط ولا تقـــصير وتقـــدر المسئولية على أساس خطأ المحكم وسلوكه ومدى اجتهاده أو تعمده الإضرار بالغير أو تعمد وقوع الغش أو التدليس منه، وأنه لا إعفاء من هذه المسئولية،

وإن كانت قواعد تلك المسئولية لم تقر في أغلب النظم القانونية ومنها القانون المصري والفلسطيني والأردني فإننا نرى وجوب النص عليها سريعاً.

ونهيب بالمشروع أن يوسع النطاق في مجال التحكيم لتخفيف العبء عن كاهل قضاة الدولة لما يتميز به التحكيم من سرعة وكفاءة في الأداء تفوق قضاء الدولة.

الخاتمه:

يدور موضوع هذا البحث حول مسئولية المحكم المدنية، حيث قمنا بمعالجة مسئولية المحكم المدنية عن أخطائه التي يرتكبها أثناء تأديته المهمة التحكيمية إتجاه أطراف الخصومة التحكيمية، وذلك في النظامين الأنجلو امريكي واللاتيني.

وأزعم ان هذا الموضوع محل الدراسة والبحث له من الجده والحداثه على المستويين الوطني والدولي، وهذا، وإن كان من دواعي فخري وسعادتي، إلا أنه حملني جهداً في البحث دفعني مرات ومرات للتوقف خشيه وإشفاق. فقد بدت الخطوات الأولى في البحث شاقة ومجهدة إعتقاداً مني بندرة المؤلفات، وقلة الأحكام.

وعندما تقدمت بي الخطى وبمواصلة البحث، تكشف لي ما أوقعني في الحيره، فالمراجع عديده والمؤلفات متدفقه فأيها أخذ وبأيها ابدأ! فعكفت عليها وتتبعت الآراء والأفكار التي ذخرت بها، فوجدت تجذب بعضها البعض كخيوط ممتده بإمتداد الزمن، وانقضت الأيام في جهد متصل، الى أن أقترب

الأمل من الواقع، ولم يكن الأمل هو إنجاز عمل بقدر ما كان الوصول لصيغه نتوحد معها الافكار والأراء حول موضوع هذه الدراسه.

وبعد، أخذنا مسئولية المحكم المدنية- والتي هي محل دراستنا - كنموذج لمهنه لها مخاطرها ولها أيضاً مقتضياتها، التي ترشحه للتمتع بقدر من الحرية، ووجدنا ان مهمة المحكم لها من الخطورة على مصالح المتعاملين وعلى نظام التحكيم ذاته مما يقتضي التدخل من قبل الأنظمة القانونية الوطنية والمؤسسية لفرض قواعد وأحكام المسئولية فرضاً دون حاجة إلى قطع هذا الطريق الطويل الذي أستغرق زمناً لإقرار مبدأ المسئولية ونطاقه في المهن الأخرى.

ورأينا انه ما علينا إلا نتبع خطي السابقين في محاولة لوضع نظام محكم لقواعد المسئولية يكفل التوازن بين حرية المحكم في أداء مهامه وحسن ممارستها وبين حماية المتعاملين والإبقاء على نظام التحكيم ذاته بطابعه المتميز، عسى منا أن نساهم ولو بشيء بسيط في خلق بناء مكتمل وكيان متوازن لأحكام وقواعد مسئولية المحكم، بل ومؤسسات التحكيم أيضاً.

وقد حرصت على الإشاره الى نصوص قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنه٢٠٠٠ والذي لم تتناقله الأراء الفقهية بعد، كما لم تتناوله الأحكام القضائية ولم يجد سبيلا للتطبيق إلا في حالات معدوده جدا، كما حرصت أيضاً على الإشاره الى الأنظمة المؤسسية للتحكيم.

ونضيف بإننا عالجنا مسئولية المحكم في كافة جوانبها من خلال تتبع

الكتابات الفقهية والأحكام القضائية، بالإضافه الى المقارنه بين قواعد التحكيم في ظل الأنظمة القانونية المقارنه الأجنبية والوطنية، فكانت المقارنه بين هذه الأنظمة سبيلاً الى التقيم الموضوعي لمسئولية المحكمين، الأمر الذي تتضح معه أهمية التطرق الى هذه الأنظمه بالبحث والدراسه، بل والتقييم.

وعليه، وبعدما فرغنا من دراسة مسئولية المحكم المدنية فقد صار بالإمكان تلخيص أهم ما توصلنا إليه من نتائج وما نقترحه من توصيات، وذلك على النحو الآتي :

النتائج:

١. إن جذور التحكيم ترجع الى ما قبل وعند ظهور الإسلام، حيث يعد التحكيم من أقدم الوسائل السلمية التي عرفتها البشرية لتسوية المنازعات ودياً إذ عرغته الحضارات القديمة والأشورية واليونانية والرومانية.

٢. إن التحكيم يعني لجوء أطراف النزاع الى أفراد غير قضاة الدوله للفصل في نزاع قائم بشروط وضوابط يرونها هم أنفسهم. كما ان التحكيم لا يعد عملاً قضائياً بحتا بل هو نوع من أنواع القضاء الخاص يسير موازياً لقضاء الدولة ومعاوناً له في حسم المنازعات التي تثور بين الخصوم، كما يختلف التحكيم من حيث الغجراءات والشروط والمضمون عن قضاء الدوله.

٣. يعد التحكيم وسيلة سريعه لفض المنازعات بين الناس، حيث يتصف بالسرعه والسرية وبساطة الإجراءات، وكما ان لكل شخص حق

اللجوء الى التحكيم سواء اكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً – عامـــاً أو خاصاً – بغض النظر عن جنسه أو جنسيته، كما يعد التحكـيم نظامـــاً أساسياً لتحقيق العداله أعترفت الأنظمة القانونية المختلفه به.

٤. إن التحكيم يعتبر وسيلة أمن وأمان المستثمر الوطني والأجنبي على حد سواء، وهو أداة العصر التي تلبي احتياجاتــه وتتفــق مــع ثوراتـــه التكنولوجية والعولماتية الاقتصادية والمعلوماتية.

٥. يقصد بالمحكم هو الشخص الذي يتولى مهمة الفصل في نزاع معـــين بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المحتكمة ويكون حكمه ملـــزم للمحتكمين، حيث يتمتع هذا المحكم بحقوق وواجبات فرضـــها عليـــه القانون والاتفاق، وينبغي ان تتوافر بهذا المحكم الشروط المحدده قانونا.

٦. إن المحكم يختلف عن غيره من المهن والأنظمة الأخرى التي قد تختلط به، فهو ليس عاملاً أو مقاولاً او وكيلاً، كما انه ليس خبيراً أو وسيطاً في الصلح أو موفقاً كما أنه ليس مكلف بخدمه عامه أو مـــن اعـــوان القضاء.

٧. إن المحكم يحظى بمركز خاص يتميز عن مركـــز القاضـــي نتيجـــه لإختلاف طبيعه التحكيم عن القضاء ومن ثم فإن النظام الذي يخضع له المحكم يختلف عن ذلك الذي يخضع له القاضي.

٨. تعددت النظريات والدراسات الفقهية حول تكييـــف التحكـــيم وتحديـــد طبيعتة ما بين النظرية العقديـــة والقـــضائية والمختلطـــه والمـــستقله، ولإختلاف النظريات والدراسات حول طبيعة التحكيم أختلفـــت الأراء حول تكييف عمل المحكم.

٩. هناك العديد من الكتابات الفقهية التي رجحت الطبيعه التعاقدية للتحكيم تكييفا وأثار، كما وجدت العديد من الكتابات الفقهيـــة التـــي رجحـــت الطبيعه القضائيه والطبيعه المختلطه والطبيعه المستقله للتحكيم، ايـــضا تكييفا وأثار. فقمنا ببيان هذه الأراء حول النظريات، ولم اقف عند هذا الحد، بل تابعت أوجه الاختلاف بينها، دون المفاضله بينهما ايمانا بأن الهدف من الدراسه او البحث ليس الاختيار بين هذه النظريات او تقديم واحده على الأخرى أو محاوله المماثله بينهما، وإلا لضاعت الفائده. إلا أننا حاولنا من خلال ذلك تتبع الحدود الفاصله بينهما، وتوضيح نقـــاط اللتقاء على نحو يحفظ لكل منهما وجوده الصحيح وأستقلاله، من أجل الوصول الى تحديد التكييف القانوني السليم لطبيعة عمل المحكم.

١٠. يقع على عاتق المحكم طائفة من الإلتزامات تفرضها طبيعة الوظيفـــة القضائية التي يؤديها وتتمثل هذه الإلتزامات في: إلتزام المحكم بالحياد والاستقلال والموضوعيه وإلتزام المحكم بالسير في التحكـــيم بالعـــدل والإنصاف وإلتزام المحكم بإحترام حق الدفاع والمواجهة والمساواة بين الأطراف وإلتزام المحكم بالفصل في الـــدفوع المتعلقـــة بإختـــصاصه بالأضافه الى إلتزام المحكم بتسبيب الحكم الصادر عنه، وتثير مخالفـــة كل إلتزام من هذه الإلتزامات مسئولية المحكم.

١١. يقع على عاتق المحكم طائفة من الإلتزامات يفرضها عليه الإتفـــاق حيث تستند هذه الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم إلى العقـــد أي الإتفاق المبرم بينه وبين أطراف الخصومة التحكيميـــة وتتمثـــل هـــذه الإلتزامات في: إلتزام المحكم بمباشرة المهمة التحكيمية بنفسه وإلتزام المحكم بالإستمرار في عمله حتى إنتهاء مهمته وإلتزام المحكم بإصدار

الحكم خلال الأجل المتفق عليه وغلتزام المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف بالإضافه الى إلتزام المحكم بعدم افشاء أسرار الخصوم، ويعد الإخلال بكل التزام من هذه الإلتزامات موجباً من حيث المبدأ لمسئولية المحكم التعاقدية إتجاه الخصوم.

١٢. تقرر مسئوليتة مسئولية المحكم إذا أرتكب عملا يضر بالغير سواء كانت هذه المسئولية شخصية أو مسئولية مراكز التحكيم الذي يعمل المحكم لديها أو ان تكون مسئولية الدوله التي قامت بتعين المحكم ، وذلك في كل نظام قانوني لا ينص على حصانته.

١٣. هناك تباين في مواقف القوانين الوطنية بشأن مسئولية المحكم: فبعضها لم يعالج مطلقاً مسئولية المحكم الناشئة عن أخطائه التحكيمية، وهناك طائفة من القوانين الوطنية عالجت مسئولية المحكم الناشئة عن التنحي فقط، وهناك عدد من القوانين الوطنية تعاملت مع موضوع المسئولية المدنية للمحكمين، ولكنها لم تجعل المحكم مسئولاً في مواجهة الخصوم عن الأضرار التي تصيبهم من جراء أي خطأ يرتكبه المحكم في أثناء تأديته أعمال مهمته على أساس القواعد العامة في المسئولية، وإنما يسأل فقط عن أخطاء معينة يحددها المشرع على سبيل الحصر كالخطأ الجسيم والغش.

١٤. بسبب خلو قانون التحكيم الفلسطيني من نص يقرر بطلان أو صحة شروط إعفاء المحكم من المسئولية، فإننا نعتقد أن شروط الإعفاء من المسئولية عن أخطاء المحكم في النظام القانوني الفلسطيني تعد باطلة والعقد صحيحا، وذلك بالإستناد إلى نصوص مجلة الاحكام العدلية المطبقة حاليا، بالإضافه الى مشروع القانون المدني الفلسطيني " في

حال تم أعتماده كقانون بدلا من مشروع.

١٥. إن القوانين الوطنية وبالتحديد القانون الفلسطيني يرفضا إتفاقات الأعفاء من المسئولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وبالتالي فإن مثل هذا الإتفاق بين المحكم والخصوم في العملية التحكيمية يقع باطلاً لمخالفته نصوص القانون المدني وقواعده الأمره. وبالتالي لا يجوز إعفاء المحكم من أية مسئولية غذا وقع منه غش او خطأ جسيم، كذلك لا يجوز إعفاء المحكم من المسئولية في حالة عدم قيامه بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو القانونية نتيجة غشه او قام بتنفيذ هذه الإلتزامات ولكنه ارتكب خطأ جسيم.

١٦. إن القوانين الوطنية وبالتحديد القانون الفلسطيني يجزا الإتفاق بين المحكم والخصوم على إعفاءه من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، فإن الإتفاق في الحالة الأخيره يقع باطلاً.

١٧. يجوز أن يشترط المحكم الإعفاء من المسئولية التي تترتب على أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه، ولو كانت تلك الأخطاء جسيمة أو صادرة عن غش، وهذا محل نقد كما أشرنا في البحث.

١٨. لا يجوز بجميع الأحول الإتفاق بين المحكم والخصوم على الإعفاء من المسئولية عن الفعل الضار أو العمل الغير مشروع الذي قد يصدر عن المحكم، وكل إتفاق بين المحكم والخصوم على الغعفاء من المسئولية الناتجه عن الفعل الضار يقع باطلاً، وهذا ما بينته التشريعات المقارنه كمجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

١٩. يبطل شرط الإعفاء من المسئولية في مؤسسات التحكيم النظامية التي تعفي أنظمتها المؤسسة والمحكم من كل مسئولية في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم، ويبقي العقد قائماً دون شرط الإعفاء.

٢٠. يجوز تطبيق نظام التأمين على مسئولية المحكم، الذي يضمن المضرور حقه في التعويض من الخصوم، فلا يكون أمامه مدين واحد هو المحكم المسئول الذي قد يكون معسراً، بل يكون أمامه مدينان هما شركة التأمين والمحكم.

٢١. إذا كان يجوز للشخص التأمين؛ لتغطية مسئوليته المترتبة عن الخطأ سواء كان هذا الخطأ عقدياً أم كان تقصيرياً، فإن ما يترتب من مسئولية عن الخطأ العمد أو الغش يمتنع التأمين عليها؛ لمخالفة ذلك للنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على تأمين المسئولية التي تترتب عن الخطأ العمد والغش من المؤمن له أو المستفيد، وهذه ما بينته القوانين المقارنه، وقانون التامين الفلسطيني ومشروع القانون المدني الفللسطيني.

٢٢. إن الشريعة الإسلامية وكذلك معظم الأنظمة القانونية الوضعية محل البحث والدراسة، ما عدا النظام القانوني الأردني الذي جاء خالياً من الإشارة الى فكرة الحصانة القضائية للقضاة مع الإختلاف حول طبيعة ومدى هذه الحصانة.

٢٣. إن تقرير مسئولية القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته، وإن كان أمراً ضرورياً لحماية المتقاضين من أخطاء القضاة، يقتضي في الوقت نفسه تأمين مناخ ملائم للقاضي يكفل له العمل في إطمئنان، دون تهديده برفع دعاوى تعويض عليه، وحتى لا يفقد القاضي روح الشجاعة في الرأي

ويتردد في الفصل في الدعاوى التي يشعر بإحتمال مطالبته بتعويض عن الأحكام التي يصدرها فيها، بالإضافة إلى الحاجة لتوفير وقته لأداء عمله بدلاً من الدفاع عن نفسه.

٢٤. تتفق أحكام القضاء الإنجلوأمريكي، والتي لم نجد ما يقابلها في دول القانون المدني، أي دول النظام اللاتيني، على قياس مسئولية المحكمين على مسئولية القضاة؛ نظراً للوظيفة التي يؤدونها، وهي الوظيفة القضائية ونظرا للتشابه في المهمة الموكولة إليهما، مع الإختلاف حول نطاق هذه الحصانة على النحو الذي بيناه عند الكلام في موقف القانون والقضاء من مسئولية المحكمين.

٢٥. إن القضاء الأمريكي بصفة خاصة قد أبدى كراهية واضحة لتقرير مسئولية المحكم؛ إيماناً بضرورة تشجيع التحكيم فضلاً عن خشية إعادة التصدي لحكم التحكيم لما ينطوي عليه من إهدار لحجيته، ولميزة السرعة والنهائية التي تتميز بها خصومة التحكيم. وقد يكون لهذه الخشية ما يسوغها، إلا أنه يجب عدم المغالاة في تقرير مبدأ حصانة المحكمين لتشمل حالات الغش والرشوة والتدليس والخطأ الجسيم.

٢٦. إن النموذج الأمريكي للمسئولية المدنية للمحكمين يمثل خطراً على العدالة، ويحول دون نجاح وتطور قضاء التحكيم، ويعوق عن الهدف الذي تنشده الدولة من إقرار قضاء التحكيم، والمتمثل في تخفيف العبء الملقى على عاتق محاكمها. إذ لا يمكن أن ينجح قضاء التحكيم في دولة ما، إذا لم يكن في هذه الدولة نوع من الطمأنينة يشجع على الثقة بتحكيمها وقوانينها وبإمكانية مساءلة المحكمين في ظل جو سليم يوحي بالطمأنينة والمصداقية والثقة.

٢٧. إن الإتجاه الإنجلوأمريكي قام بمد الحصانة القضائية من المسئولية المدنية لمؤسسات التحكيم أيضاً، بحجة أن هذه المؤسسات هي منظمات شبه قضائية تتمتع بالحصانة القضائية، وقد انتقدنا بشده هذا الاتجاه؛ وذلك لأن هذه المؤسسات ذات طبيعة إدارية وتنظيمية، ومن الأوفق اعتبار عملها المتمثل في الإدارة والتنظيم خاضعاً لقواعد المسئولية العقدية. وإن القول بغير ذلك يدفع هذه المؤسسات التحكيمية إلى عدم بذل العناية والحذر المعقولين في إدارة العملية التحكيمية على نحو يضر بالعدالة، وبمستقبل التحكيم وبمستقبل مؤسسات التحكيم ذاتها، حيث إن المعيار الحقيقي لجذب التحكيمات هو تقرير مسئولية مؤسسات التحكيم وليس التسابق نحو إصدار التشريعات، أو الأحكام القضائية التي تقر تجريد الخصوم من الضمانات جميعها التي تكفل عدالة الحكم الصادر عن المحكم. فغياب مسئولية هذه المؤسسات والمراكز يمكن أن يثير الكثير من الشك في قضاء التحكيم، ويزعزع ثقة الأطراف به.

٢٨. لا يطعن في حكم التحكيم الصادر من المحكم بأي طريق من طرق الطعن وفقا للقوانين التحكيم الوطنية وقانون التحكيم الفلسطيني، ولكن يوجد طريق أخر للغعتراض على الحكم وفقا لهذه القوانين وهو طريق دعوى البطلان الأصلية إذا توافرت أسبابها المحدده قانوناً.

توصيات عامه:

١. نهيب بالمشرع الفلسطيني ومشرعي القانون المقارن بتحديد المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم ومعايير إختيياره بدقه، ووضع تنظيم تفصيلي دقيق لسلطات المحكم ونطاقها وأثارها، وهو ما حرص عليه المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم الى حد كبير وبعض تشريعات

التحكيم الأخرى.

٢. نوصي بوضع تنظيم تفصيلي يحدد بوضوح دور القضاء الوطني في الرقابه السابقه على إجراءات التحكيم بهدف تدعيم سير خصومة التحكيم وضمان فاعليتها، فقد جاء خاليا قانون التحكيم الفلسطيني من أي نص يعالج تنظيم الرقابه القضائية على عمل المحكم مما يعد أمراً خطيراً تتعين معالجته. غير ان هذه الرقابه يجب ان تتم عن طريق محكمة مختصه لها من الخبره والكفاءه ما يكفل تدعيم التحكيم وليس تعويقه ليمارس القضاء دوراً اساسياً في الرقابه السابقه والمعاصره لإجراءات التحكيم، واللاحقة عليها، وليحذو المشرع الفلسطيني والمشرع المصري والأردني ايضا في ذلك حذو المشرع السعودي الذي أنفرد بهذا النمط من الرقابه، فيتعين ان يكفل القانون اليه إعمال هذه الرقابه على نحو يضمن الغستقرار والفعالية، ولا تكون مصدراً لتعقيد الإجراءات وإضاعة إهمية التحكيم وجدواه.

٣. ندعو المشرع الى عدم تبني فكره الحرية المطلقه للخصوم أو التعويل على حسن نية الإطراف في تسيير إجراءات التحكيم، مراعاة التوفيق بين السرعه والعداله. فلا تكون السرعه على حساب توافر الضمانات القضائية الكاملة.

٤. ندعو المشرع الى تنظيم سبيل الطعن بالاستئناف على نحو يكفل سرعة البت بها تدعيما لفاعلية التحكيم وابقاءه على السرعه كأهم مزاياه، ويعد القانون الفرنسي رائداً في هذا الصدد.

٥. ندعو المشرع الى التوسع في نشر احكام التحكيم الوطنية والأجنبية مع تعليق الفقهاء والمتخصصين عليها على نحو يتيح إستبعاد الأحكام

السيئة وتكوين كيان متسق ومتناسب. ومن الأهمية التنويه بأن حظر نشر القرارات التحكيمية حفاظاً على سرية المنازعات يشكل حجر عثرة في درب التحكيم ويحول دون أداء دوره المنشود في تكوين وإرساء عادات ومبادئ وأعراف للتحكيم في المنازعات التجارية، وفي محاولة لتحقيق توازن مثالي بين مصلحة الخصوم في المحافظة على السرية والمصلحة العامة المتمثلة في تكوين وإرساء عادات ومبادئ وأعراف للتحكيم في المنازعات التجارية، أوصت غرفة التجارة الدولية بنشر أحكام المحكمين التي تتضمن مبادئ قانونية تهم الأوساط التجارية الدولية، مع ضرورة عدم ذكر أسماء أطراف النزاع وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى التعرف إليهم أو المساس بسمعتهم أو أسرار تجارتهم، حفاظاً على السرية.

٦. ندعو المشرع الى دعوة الجهات ذات العلاقه التركيز على تدريس موضوع التحكيم في ضوء التطورات الحديثه وكما يعرفه المجتمع اليوم لتعميق المفاهيم الصحيحه والمساهمه في تكوين كوادر مدربه للعمل في مجال التحكيم.

٧. ندعو الأجهزه المختصه بإنشاء مراكز متخصصه لتدريب المحكمين، والتوسع في عقد الندوات والمؤتمرات التي تتصدى للمشكلات الحقيقه للتحكيم، كذلك عقد بعض الدورات المتخصصه اسوة بما يجري عليه العمل في العديد من الدول.

٨. ندعو مشرعي القوانين الوضعية المقارنه، الى عدم منح القضاة حصانة مطلقة من المسئولية المدنية المحكمين لتشمل حالات الغش والرشوة والتدليس والخطأ الجسيم، وفي نفس الوقت عدم مسائلتهم عن أي خطأ

أو إهمال يقع منهم في أثناء قيامهم بوظائفهم، وإنما جعلهم مسئولين في حالات معينة يحددها المشرع الوطني على سبيل الحصر وفقاً لنظـــام يقرره ويحدد معالمه مقدماً. وهذا هو النهج الــذي تبنتــه دول النظـــام اللاتيني مثل: فلسطين مصر وسوريا، ونتمنى للمشرع الأردني التوفيق بين هذين الإعتبارين وتقرير نظام خاص لمسئولية القضاة المدنية عن أعمالهم الوظيفية. ويمكن أن يستفيد المشرع الأردني في هذا المجـــال من قانون أصول المحاكمات اللبناني، والذي يتبنى نظام مداعاة الدولة بشأن مسئولية القضاة، او من قـــانون أصـــول المحاكمـــات المدنيـــة والتجارية الفلسطيني، والذي يتبنى نظام مخاصمة القضاه.

٩. ندعو مراكز التحكيم العربية لمراجعة وتعديل أنظمتهـــا فيمـــا يتعلـــق بأحكام مسئوليتها المحكمين لديها بغية جـــذب التحكيمـــات وتـــشجيع المحتكمين على إختيار مراكز التحكيم العربية. وإلا فكيف يمكـــن أن ينجح التحكيم في إحدى مراكز التحكيم، إذا لم يكن في نظام هذا المركز نصوص تقر مسئولية المحكمين لديه ومن ثم تشجع المتقاضين علـــى الثقة بتحكيمه وعدالة الحكم الذي يصدر عنه. إذ إن تقرير مسئولية هذه المراكز التحكيمية دليل على نجاحها وتطورها ونيل ثقـــة الأطـــراف العربية والأجنبية بها، ومما يدعو وجهة نظرنا هذه أن معظم قـــوانين التحكيم المعاصرة لا تجيز الطعن على حكم التحكيم بالإستئناف.

١٠. لقد سكتت معظم قوانين التحكيم العربية، ومنهـــا قـــانون التحكـــيم الفلسطيني عن النص على مسئولية المحكمين أو حصانتهم. وإزاء خلو قوانين التحكيم العربية من نصوص تتعامل مع موضـــوع المـــسئولية المدنية للمحكمين فإنهم يخضعون للقواعد العامة في المسئولية العقديـــة

والتقصيرية. ومن هنا يظل المحكم مسئولاً عن الأخطاء جميعها التي يرتكبها. ولكن هذا لا يمنعنا من دعوة المشرع الفلسطيني والمشرعين العرب إلى إدخال نص على قوانين التحكيم لديهم يقضي بمسئولية المحكم إذا ثبت ارتكابه لخطأ جسيم أو غش في أدائه لمهمته، وذلك على غرار القوانين المتقدمة في هذا الشأن؛ لأن ترك موضوع مسئولية المحكم للقواعد العامة إذا ثبت ارتكابه لخطأ جسيم أو غش في أدائه لمهمته، يعني مساءلة المحكم عن كل خطأ أياً كانت درجته، وهو ما يمس مبدأ استقلالية المحكم ويقوض الدعوى إلى تطوير قضاء التحكيم في البلاد العربية وازدهاره.

١١. نتخذ من هذه الدراسة فرصة لندعو بإخلاص الاقتصاديين والتجار العرب إلى إيصال التحكيم إلى محكمين عرب، خاصة أنه قد بات لدينا في العالم العربي محكمون ملمون بالعلم التحكيمي ويتمتعون بخبرة كبيرة في ميدان التحكيم، فمن الغريب حقاً أن نشهد قضايا مهمة مرتبطة إرتباطاً وثيقاً بالمنطقة العربية وأوضاعها التشريعية والقانونية تعرض على محكمين أوروبيين أو أمريكيين. فإلى متى يبقى المحكمون العرب كالأيتام على مائدة اللئام. أو على الأقل ينبغي أخذ الحيطة والحذر عن إختيار المحكمين الأجانب، واختيار المحكمين الذين يتمتعون بجنسيات دول يقر نظامها القانوني بمسئولية المحكمين؛ بغية التغلب على مشكلة تنفيذ الحكم في بلد المحكم، إذ إن الحكم بالتعويض المالي الذي تقضي به محكمة دولة يقر نظامها القانوني بمسئولية المحكم ضد محكم أمريكي مثلاً لن تنفذه المحاكم الأمريكية عندما يطلب منها تنفيذ هذا الحكم؛ على أساس أن مبدأ الحصانة من متعلقات النظام

العام، ون ثم يتعذر على الطرف المتضرر تنفيذ الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية التي تكون في العادة أموال المحكم الأمريكي فيها.

١٢. ندعو شركات التأمين إلى الإهتمام بموضوع التأمين على المسئولية المهنية بصورة عامة ومسئولية المحكم ومؤسسات التحكيم بصورة خاصة، وإيجاد هذا النوع من التأمين الذي نفتقر إليه.

١٣. نهيب بالمشرع أن يوسع النطاق في مجال التحكيم لتخفيف العبء عن كاهل قضاة الدوله لما يتميز به التحكيم من سرعه وكفاءه في الأداء تفوق قضاة الدوله.

١٤. نرى انه لا مانع في جواز تحكيم القاضي بشروط وضوابط سواء كان القاضي المحكم فرادا أو أن يكون رئيسياً لهيئة التحكيم، ويكون ذلك بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية وأن يتم اختياره بطريقة الخصوم.

توصيات خاصه:

١. نهيب بالمشرع الأردني والمصري السير على خطى المشرع الفلسطيني في معالجه الحالة الوارده في الفقره السابعه من الماده ٤٣ من قانون التحكيم الفلسطيني والذي جاءت قانوني التحكيم المصري والأردني خاليا من النص عليها. حيث تنص هذه الماده على انه: " يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية:" ٧- إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع".

٢. نهيب بالمشرع الفلسطيني السير على نهج المشرع الأردني والمصري في النص بشكل صريح على مبدأ المساواه في المعامله بين أطراف التحكيم، ونشيرالى أن قانون التحكيم الفلسطيني جاء خالياً من النص على هذا المبدأ، حيث أكتفى فقط بالإشاره الى هذا المبدأ بنصوص متفرقه وفقط بمعاملة الأطراف على قدر من المساواه في سماع البينات وتقديم المستندات. إلا ان قانون التحكيم المصري والأردني جاء واضحاً في هذه المسأله حيث تنص المادة ٢٥ من قانون التحكيم الأردني على أنه: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه". وحكم هذه المادة يطابق حكم الماده ٢٦ من قانون التحكيم المصري

٣. أشارت الماده ٤٣ من قانون التحكيم الفلسطيني الى حالات رفع دعوى البطلان، إلا ان المشرع الفلسطيني غفل عن الإشاره الى حاله، ونرى انه من الأفضل لو قام المشرع الفلسطيني بمعالجتها كما عالجها قانون التحكيم المصري والاردني، حيث تقضي هذه الحاله انه:" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو لسبب اخر خارج عن ارادته". لذا نهيب بالمشرع الفلسطيني بالسير على نهج وهدى المشرع الاردني والمصري بالنص صراحه على هذه الحاله. لان اهدار أو الاخلال بالضمانات الأساسية للتقاضي يعد مخالفة للنظام العام، وبالتالي لا يجوز للمحكمة ان تنفيذ قرار تحكيمي مخالف للنظام العام في فلسطين، بل واجب على المحكمه

رفضه وهذا ما أشارت اليه الماده ٤ والماده ٤٨ من قانون التحكيم الفلسطيني.

٤. تنص المادة (٤١/ب) من قانون التحكيم الأردني على انه" يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم" . **حكم هذه** الماده يطابق حكم المادة (٢/٤٣) مصري. **يلاحظ** من النص اعلاه، بأن المشرع الأردني والمصري أشاروا الى وجوب تسبييب حكم التحكيم، إلا اذا اتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك او القانون الواجب التطبيق على إ جراءات التحكيم على عدم التسبييب، فإنه في الحالتين الأخيرتين لا يشترط التسبيب. **وبالرجوع** الى قانون التحكيم الفلسطيني، نجد أنه أشار الى وجوب تسبيب حكم التحكيم في الماده ٣٩ حيص تنص على أنه:"١- يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبينات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم".

نلاحظ مما سبق، أن المشرع الفلسطيني غفل في الماده ٣٩ قانون التحكيم عن تنظيم مسأله جواز إتفاق أطراف الخصومة التحكيميه تسبيب حكم التحكيم من عدم تسبيبه، كذلك غفل المشرع الفلسطيني عن تنظيم مسأله اذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لم يشترط ذكر أسباب الحكم. **وحبذا** لو عالج المشرع الفلسطيني هذه الحاله كما فعل المشرع المصري والأردني، وعدم تركها بدون معالجه، حتى وأن خالف المشرع الأردني والمصري بالنص على عدم جواز الاتفاق على

عدم تسبيب حكم المحكم بجميع الأحوال. ومن وجهة نظرنا، نرى انه لا بد من تسبيب حكم التحكيم أو المحكم، وعدم السماح لأطراف خصومه التحكيم بالإتفاق على عدم تسبيب حكم التحكيم من قبل المحكم، حتى نتأكد من أن المحكم قد أطلع على كل وقائع القضيه وجميع المستندات وانه تحقق من وقائع النزاع تحقيقاً كافياً ومنطقياً ، والتحقق ايضا من أن المحكم قد أستخلص الوقائع الصحيحه في الخصومه التحكيمية من واقع اثبات يجيزه المشرع، ومن واقع الاوراق المقدمه فيها، ولأدله بحسب قوتها، كذلك من أجل التحقق من أن المحكم قد فهم ما أحاط خصومه التحكيم من مسائل قانونية.

٥. تنص المادة ٣٨/ب من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه/: "وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على ألا تزيد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك "، حيث يلاحظ على هذا النص أن المشرع الفلسطيني لم يحدد عدد المرات التي يجوز فيها مد المدة فهل لهيئة التحكيم تمديد هذه المدة لمرة واحدة فقط؟ أو أن يمكن لها تمديد هذه المدة أكثر من مرة؟ ونرى أنه من المستحسن تقييد سلطة هيئة التحكيم في مد الميعاد والنص على جواز تمديد المدة لمرة واحدة فقط". حيث أن كلا من المشرع الفلسطيني والمصري والأردني غفلا عن تنظيم أو معالجة هذه المسأله، لذا نهيب بهم بتنظيمها كما يستحسن.

٦. تنص المادة ٤٦ من قانون التحكيم على انه : " مع مراعاة أحكام المادة ٤٤ من هذا القانون بشأن المواعيد، تسري على إستئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة قواعد وإجراءات الإستئناف المعمول بها أمام

المحكمة المستأنف إليها". **وتنص المساده ٤٤ مسن قسانون التحكسيم الفلسطيني على انه**"١- يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهيا وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه.٢- إذا بني الطعن في قرار التحكيم على الفقرة السابعة من المادة (٤٣) من هذا القسانون فيبدأ ميعاد الطعن من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع". **وتنص المسادة (٤٨) من قانون التحكيم الأردن على أنه:** "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذه القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، **ولكسن يجسوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم** وفقاً للأحكام المبينة في المواد (٤٩) و (٥٠) و (٥١) من هذا القانون".

نلاحظ من النصوص اعلاه، بأن المشرع الفلسطيني أجاز استئناف قرار المحكمه المختصه بدعوى بطلان حكم التحكيم، بالوقت الذي سكت قانون التحكيم المصري والأردني عن تنظيم المسأله القاضيه بإستئناف القرار الصادر من المحكمة المختصه بنظر أسباب دعوى بطلان حكم التحكيم. بمعنى اخر، ان حكم المحكم الذي يصدر عنه لا يستأنف ولا يطعن بسه وهذا متفق عليه بين كل من المشرع الفلسطيني و المصري والأردنسي، ولكن الخلاف هو ان الحكم الذي يصدر من المحكمه المختسصه بنظسر دعوى بطلان حكم المحكم في حالة لجوء اطراف الخصومه التحكيميسه لطعن بهذه الحكم لأسباب البطلان المحدده قانونا، لا يجوز استئنافه وفقا للقانون التحكيم المصري والأردني، بعكس المشرع الفلسطيني الذي يجيز ذلك كما بيناه اعلاه من خلال النصوص. ونحن بدورنا ندعو المسشرع

الأردني والمصري لحسم هذه المسأله ومعالجه القصور التشريعي، وعدم حرمان الطرف المدعي من حقه الذي كفله القانون، هو حقه بأستئناف القرار الصادر بدعوى بطلان حكم التحكيم او المحكم.

٧. تنص الماده (٥/٤٣) من قانون التحكيم الفلسطيني على انه:" يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الاسباب الأتية ..... **إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه". تقارب** حكم المادة (٥٣/د) من قانون التحكيم المصري"، وحكم المادة (٤٩/١/أ) من قانون التحكيم الاردني. ولكن ما نريد ان نشير اليه هو أن المشرع الفلسطيني لم يسر ولو يأخذ بشكل صريح بالنص على مسألة إستبعاد المحكم للقانون المتفق عليه في التطبيق على اجراءات التحكيم، بعكس الأردني والمصري الذين عالجا هذه المسأله بشكل واضح في نصوص قانون التحكيم وبالتحيد في المواد السلف ذكرها اعلاه. فالمشرع الفلسطيني فقط أشار في نص الماده ٥/٤٣ المشار اليها أعلاه "....يجوز الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمه المختصه... لمخالفة لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية". لذا نهيب بالمشرع الفلسطيني السير على نهج المشرع الأردني والمصري بالنص بشكل صريح وبفقره مستقله على هذه الحاله، حيث تنص الماده ٤٩/أ/٤، أردني على انه :" . لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في أي من الحالات التالية : اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

٨. أخذ المشرع الفلسطيني بمبدأ مخاصمة القضاه في المـاده ١٥٣ مـن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني حيث تنص على انه:" تجوز مخاصمة القضاه في الحالتين الأتيتين: إذا وقع من القاضي في عمله غش او تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه، كـذلك يجوز مخاصمة القضاه في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القـانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات". وبالرجوع الى قـانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقـم ٢٤ لـسنة ١٩٨٨ والمعـدل بالقانون المؤقت رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢ وقانون استقلال القضاء رقم ١٥ لسنة ٢٠٠١ نجد انه قد سكت عن الإشارة إلى كيفية مخاصمة القضاة. وبسب خلو القانون من نصوص خاصة بحالات وبإجراءات مخاصـمة القضاه. ندعو المشرع الأردني ان يأخذ بمبدأ مخاصمة القضاه كما فعل المشرع الفلسطيني والمصري والسوري. حيث بإمكانه الأخذ بإحكـام دعوى مخاصمة القضاه من الماده ١٥٣ الى الماده١٦٣ مـن قـانون اصول المحاكمات الفلسطيني، أو من نظام مداعاة الدولـه كمـا أخـذ القانون اللبناني.

٩. إن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني لـم يـنص بالماده ١٥٣ على حالة إمتناع القضاه عن الإجابة عن عريضة قـدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم عند حلول دورها. بإعتبارها من حالات مخاصمة القضاه وأعضاء النيابه، حيث يقصد بهذه الحاله " إنكار القضاه للعداله". لذا نهيب وندعو المشرع الفلسطيني أن يأخذ هذه الحاله ويضيفها كما فعل المشرع المصري والسوري.

١٠. تنص المادة (١٥٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية

الفلسطيني علىأنه : " ١- تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الأخرى التي يقضى فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات". وبالتدقيق في هذا النص، نجد أنه يشترط في هذه الحاله أن يكون هناك نص في القانون يرتب مسئولية على القاضي لسبب معين، وان يقرر هذا النص صراحه ان جزاء هذه المسئولية هو الحكم على القاضي بالتعويضات. ونلاحظ إنه لا يوجد في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني نص من هذا القبيل.

وبالرجوع الى نص المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري نجد انها تنص على أنه :" تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الأخرى التي يقضى فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات". ومن أمثلة ذلك في التشريع المصري، ما تنص عليه المادة (١٧٥) مرافعات من أنه:" إذا بطل الحكم لعدم إيداع مسودته المشتملة على أسبابه الموقعة من الرئيس ومن القضاة عن النطق به كان المتسبب منهم في البطلان ملزماً بالتعويضات". **وعلى ضوء ذلك**، ندعو المشرع الفلسطيني بالسير على نهج المشرع المصري، وقيامه بإضافه الماده ١٧٥ مرافعات مصري، كفقره ثانية في الماده ١٧٢ من قانون الاصول الفلسطينين، وذلك على النحو الأتي: تنص الماده ١٧٢ على انه: " ١- تودع مسوده الحكم في ملف الدعوى عند النطق به مشتمله على منطوقه وأسبابه وموقعه من هية المحكمة. **نضيف الفقره الأتيه** ٢- إذا بطل الحكم لعدم إيداع مسودته المشتملة على أسبابه الموقعة من الرئيس ومن القضاة عن النطق به كان المتسبب منهم في البطلان ملزماً بالتعويضات".

١١. نهيب بالمشرع المصري أن يأخذ بنص الماده ١٦٣ من قانون أصول المحاكمات الفلسطيني، والمتعلقه بمده رفع دعوى المخاصمه، وذلـــك لحسم هذه المده وعدم تركها للاجتهاد الفقهي أو للمبادئ العامه لأحكام المسئولية التقصيريه، حيث أن المشرع المصري لم يحدد ميعاداً محدداً يجب أن ترفع فيه دعوى المخاصمة. بعكس المشرع الفلسطيني الـــذي حددها بثلاث اشهر تبدأ من تاريخ اكتشاف غش أو التدليس أو الخطـــأ المهني الجسيم، وفي حالة عدم رفع هذه الدعوى خلال هذا الموعد فإنها تسقط. كما تسقط الدعوى في جميع الأحوال بمضي ثلاث سنوات على أرتكاب الفعل المستوجب للمخاصمه".

١٢. تنص الماده ٢١٧ من القانون المدني المصري على انه :" .... يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"، وهذا ايــضا مـــا تبنـــاه المشرع الفلسطيني في الماده ٢٣٨ من المشروع. نلاحظ مـــن نـــص الماده، إنه يجوز ان يشترط المدين الإعفاء من المسئولية التي تترتـــب على أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ولو كانت تلك الأخطـــاء جسيمة أو صادرة عن غش.

وباعتقادي ان موقف المشرع منتقد في إجازة الإتفاق على الأعفاء مـــن المسئولية فيما يتعلق بالمستخدمين في حالتي الغش والخطــا الجـــسيم ، وذلك للاسباب التالية:اولا: ان المدين لا يستطيع اعفاء نفسة في حـــالتي الغش والخطا الجسم، ولما كان الخطا الصادر من الغير صادرا عنـــه ، فلا مبرر اذا من السماح باشتراط هذا الشرط فيما يتعلق بالغير.ثانيا: ان مثل هذا الاتفاق يؤدي الى اهمال المدين في اختيار مـــستخدميه الـــذين

يستخدمهم في تنفيذ عقدي مما قد يؤدي الى نتائج تتعارض مـــع النيـــة المفترضة للاطراف القاضية باحترام التزاماتهم .ثالثا: ان تقريـــر هـــذا الجواز الجواز بنص قانوني يؤدي الى تكبيل يد القاضي حين النطر في مدى تعسفية شرط الاعفاء لانه لا اجتهاد في مورد النص .رابعا: مثـــل هذا الجواز يمنح الطرف سيء النية مجالا للتهرب من التزاماته. خامسا: قد يلجا المتعاقد الى تنفيذ التزاماته عن طريق الغير- غالباً وذلـــك مـــن اجل التهرب من المنع الوارد في الفقرة الثانية من المادة(٢١٧) مصري والفقرة الاولى من المادة (٢٣٨) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. وعلى ضوء ما أوضحناه اعلاِه، نهيب بالمشرع المصري والفلـــسطيني بمعالجه هذا القصور التشريعي، وذلك من خلال إجازه للمدين ان يشترط عدم مسئوليته عن الأضرار والأخطاء الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم فلا يجوز اعفـــاء المدين من المسئولية عن الحالتين الاخيرتين، اذا أرتكبت من قبل مـــن يستخدمهم.

وختاماً إني لأرجو من الله التوفيق والسداد، فإن كنت قد وفقت فهذا فضل من الله يؤتيه من يشاء، وإن كانت الأخرى فهذا غاية ما أستطعت أن أصل إليه، ولله الحمد من قبل ومن بعد.

قائمة المراجع

* المعاجم:

١. معجم مقاييس اللغة: ج٢.

٢. المعجم الوسيط: ج١.

* كتب فقهية:

١. الإمام مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج١٢، دار صادر، القاهرة.

٢. الإمام علاء الدين الكاساني العربي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، بيروت، ط٢، ١٩٨٢.

٣. الفتاوى الهندية: العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الإعلام، ج٣، دار أحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت، ط٤، ١٩٨٦.

* المراجع العربية القانونية:

١. د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، ١٩٨٦.

٢. د/ أبو هيف: حيث قرر بوضوح "أن حكم المحكمين هو قضاء على الخصوم في النزاع المتفق علي التحكيم فيه"، طرق التنفيذ والتحفظ .

٣. د/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهره، ١٩٨١.

٤. د/ أحمد أبو الوفا: التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١.

٥. د/ أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٥، ١٩٨٨.

٦. د/ احمد ابو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١٥، ١٩٩٠.

٧. د/ أحمد أبو الوفا: أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.

٨. د/أحمد أبو الوفا: قواعد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ٢، ١٩٧٤.

٩. د/ أحمد خليل: أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٤.

١٠. د/أحمد هندي: أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.

١١. د/ أحمد شرف الدين: سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، النسر الذهبي للطباعة،عابدين، ط٢ ، ١٩٩٧.

١٢. د/أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، القاهره، ٢٠٠١ .

١٣. د/ أحمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية،. دار الفكر الجامعي، القاهره،،٢٠٠٠ .

١٤. د/ أحمد إحسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٩٨.

١٥. د/ احمد المليجي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ط١، ١٩٩٦.

١٦. د/ احمد المليجي: تحديد نطاق الولاية القضائة والاختصاص القضائي.

١٧. د/ أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢.

١٨. د/ احمد السيد صاوى: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهره، ج١، ٢٠٠٦.

١٩. د/احمد مسلم: اصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهره، ١٩٦٩.

٢٠. د/ امينه النمر: قوانين المرافعات، منشاة المعارف، الاسكندرية، الكتاب الثالث، ١٩٨٢.

٢١. د/ امال الغزيزى: دور قضاء الدوله في تحقيق فاعلية التحكيم، منشاة المعارف، الاسكندرية،١٩٩٣.

٢٢. د/ أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٤.

٢٣. د/ أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.

٢٤. د/ أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ج١، ط١، ١٩٨٧.

٢٥. د/ انور سلطان: مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامــه فــي الالتزام، دار النهضه العربية للطباعه والنشر، بيروت، ١٩٨٣.

٢٦. د/ انور العمروسي: المسئولية التقصيرية والمسئولية العقديــة فــي القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

٢٧. د/ السيد عبد الحميد: تدخل القضاء في التحكيم بالمساعده والرقابه، دار النهضة العربية، القاهره،٢٠٠١.

٢٨. د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسئولية المدنيــة التقــصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهره، ط٢، ١٩٧٩.

٢٩. د/ حسام الدين الاهواني: النظرية العامه للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، ط٢، ١٩٩٥.

٣٠. د/ حسام عيسي: دراسات في الآليات القانونيــة للتبعيــة الدوليــة، التحكيم التجاري الدولي "نظرية نقدية"، ١٩٩٠.

٣١. د/ حسين مشاقي: البيان في شرح احكام قــانون البينــات، جامعــة النجاح الوطنية، فلسطين- نابلس، ٢٠٠٧.

٣٢. د/ حميد محمد علي: المحكم في التحكــيم التجــاري الــدولي، دار النهضه العربيه، القاهره_ ط١، ٢٠٠١_٢٠٠٢،ص٢٤١

٣٣. د/ رمزي سيف: قواعد تنفيذ الأحكام والــسندات الرســمية ، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٦٩.

٣٤. د/ رمزي الشاعر: المسئولية عن أعمــال الــسلطة القــضائية، دار النهضة العربية، القاهره، ط٢، ١٩٨٣.

٣٥. د/ رزق الأنطاكي: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق.

٣٦. د/ ساميه راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصه، دار النهــضه العربية، القاهره ،١٩٨٤.

٣٧. د/ سحر عبد الستار امام يوسف: المركز القانوني للمحكم – دراسة مقارنه، دار النهضة العربية، القاهره،٢٠٠٦ .

٣٨. د/ سعيد شعلة: قضاء المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج٢، ١٩٩٧.

٣٩. د/ سليمان الطماوي: قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، القاهره،١٩٧٧.

٤٠. د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، في الاحكام العامه، القــسم الاول، مجلد١،ج١، ط٥، ١٩٩٢.

٤١. د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المــدني، ج٢، مــصر الجديدة، ١٩٨٨.

٤٢. د/ سيد احمد محمود: نظام التحكيم، دراسة مقارنه بــين الــشريعه الاسلاميه والقانون الوضعي الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، القاهره،٢٠٠٠.

٤٣. د/ سيد احمد محمود : مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، دار النضهة العربية، القاهره، ٢٠٠٣.

٤٤. د/ سيد احمد محمود ود/ يوسف يوسف ابو زيد: مبادئ المرافعات المدنية والتجارية، كلية الحقوق، عين شمس، القاهره،٢٠٠٧.

٤٥. د/عادل محمد خير: حصانه المحكمين مقارنه بحصانه القضاء، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٩٥.

٤٦. د/ عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهره، ج١ ،١٩٥٢.

٤٧. د/ عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهره، ج٢، مجلد١، ١٩٨٢.

٤٨. د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت ،ج١، دون سنة نشر.

٤٩. د/ عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ج١، ١٩٩٧.

٥٠. د/ عدنان ابراهيم السرحان: شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاوله، الكفاله، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٢، ١٩٩٦.

٥١. د/ عدنان ابراهيم السرحان و د/ نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية" الالتزامات دراسة مقارنه، الدار العلمية الدولية ودار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، ط١ ، ٢٠٠٢.

٥٢. د/ عاشور مبروك: النظام الاجرائي لخصومة التحكيم- دراسه تحليليه وفقا لاحدث التشريعات والنظم، مكتبة الجلاء الجديده، المنصوره، ط٢، ١٩٩٨.

٥٣. د/ عثمان التكروري: الوجيز في شرح قانون اصـــول المحاكمـــات المدنية والتجارية، جامعة القدس، كلية الحقوق، فلسطين، ٢٠٠٢.

٥٤. د/ عباس العبودي: شرح قانون البينات- دراسه مقارنه، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.

٥٥. د/ عباس العبودي: شرح قانون اصول المحاكمـــات المدنيـــة، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.

٥٦. د/ عبدالوهاب العشماوي: اجراءات الاثبات فـــي المـــواد المدنيـــة والتجارية، ط١، ١٩٨٥.

٥٧. د/ عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، دار المعارف، القـــاهره، ج٢، ١٩٩٨.

٥٨. د/ عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ في المـــواد المدنيـــة والتجارية، مطبعة المعارف، ١٩١٨.

٥٩. د/ عبد المنعم الشرقاوي : المرافعات المدنية والتجارية ، القـــاهره، ١٩٩٥.

٦٠. د/ عبد الباقي محمود سوادي: مسئولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٦.

٦١. د/ عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي: المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٧٦.

٦٢. د/عبد الناصر العطار: مصادر الالتزام، دون مكان نشر، دون سنة نشر.

٦٣. د/ عبد الرحمن عياد: أصول علم القضاء، مطبعة معهد الإدارة العامة، ١٩٨١.

٦٤. د/ عبد الرشيد مأمون: المسئولية عن فعل الغير، دار النهضه العربية، القاهره ،١٩٨٦.

٦٥. د/ عبد العزيز عامر:التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط٤، ١٩٦٩.

٦٦. د/ عزيز العكيلي: شرح القانون التجاري، الدار العلمية الدولية ومكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠١.

٦٧. د/ عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ط١، ١٩٩٠.

٦٨. د/ علي عوض حسن: رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية ، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، ط٢، ١٩٩٩.

٦٩. د/ فاروق يونس ابو الرب: المدخل في شرح قانون اصول المحاكمات التجارية الفلسطيني، فلسطين، رام الله،٢٠٠٤.

٧٠. د/ فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٧٧.

٧١. د/ فتحي والي:الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٨٧.

٧٢. د/ فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، ١٩٨٧.

٧٣. د/ مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي دراسة خاصـــة للقـــانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٩٥.

٧٤. د/ محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائي المـــدني، دار النهـــضة العربية، القاهره، ١٩٧٦.

٧٥. د/ محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٦٢.

٧٦. د/ محمد حامد فهمي : تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذيـــة، القـــاهره، ١٩٥١ .

٧٧. د/ محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين، دار النهضة العربيه، القاهره، ١٩٩٣.

٧٨. د/ محمود هاشم: اتفاق التحيكم واثره على سلطه القضاء فـــي الفقـــه الاسلامي والانظمة الوضعيه- دراسه مقارنـــه، دار الفكـــر العربـــي، القاهره، ١٩٨٥.

٧٩. د/ محمود هاشم: النظرية العامـــه للتحكـــيم فـــي المـــواد المدنيـــة والتجارية، دار الفكر العربي، القاهره، ج١، ١٩٩٠.

٨٠. د/ محمود هاشم: قانون القضاء المدني، القاهرة ، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٨١.

٨١. د/ محمود السيد التحيوتي: التحكيم في المـــواد المدنيـــة والتجاريـــة وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديـــدة للنـــشر، الإسكندرية، ١٩٩٩.

٨٢. د محمود السيد التحيوتي: التحكيم والخبـرة فـي المـواد المدنيـة والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية،٢٠٠٢.

٨٣. د/ محمد السعيد رشدي: الخطأ غير المغتفر سوء السلوك الفـاحش والمقصود، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ط١، ١٩٩٥.

٨٤. د/ محمود جمال الدين زكي: الخبرة في المواد المدنية والتجاريـة، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠ .

٨٥. د/ محمود جال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامـات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة ، ط٣، ١٩٧٨.

٨٦. د/ محسن شفيق: التحكيم التجاري الـدولي، دروس لطلبـة دبلـوم القانون الخاص، القاهرة، ١٩٧٣ .

٨٧. د/ محي الدين اسماعيل: منصة التحكيم التجاري الدولي، ج١، ١٩٨٦.

٨٨. د/ مفلح عواد القضاه: البينات في المواد المدنية والتجاريه، المطابع التعاونية، عمان،١٩٩٠.

٨٩. د/ مفلح عواد القضاه: أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

٩٠. د/ مصطفى عبد السيد الجارح : فسخ العقد- دراسة مقارنـة فـي القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهره، ١٩٨٨.

٩١. د/ مصلح الطراونة: قانون التجارة الدولي، دراسة نظريـة تحليلـة لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص، دار رند للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.

٩٢. د/نزيه نعيم: مخاصمة القضاة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ١٩٩٩.

٩٣. د/ ناريمان عبد القادر:اتفاق التحكيم دراسة مقارنـــة فـــي اتفاقيـــة نيويورك – القانون الفرنسي – القانون النموذجي – الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٦.

٩٤. د/ هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

٩٥. د/ وجدي راغب: مبادئ القضاء المـــدني، دار الثقافـــه الجامعيـــه، القاهره،١٩٩٩.

٩٦. د/ وجدي راغب: مبادئ القضاء المـــدني، دار النهـــضة العربيـــة، القاهره، ط٤، ٢٠٠٤.

* رسائل دكتوراه والماجستير:

١. د/ إبراهيم العناني: اللجوء الـــى التحكـــيم الـــدولي، رســـاله، عـــين شمس،١٩٨٤.

٢. د/ احمد صالح علي الخلوف: إتفاق التحكيم كأساس لتسوية منازعـــات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القـــاهرة، ٢٠٠٠.

٣. أ/ أحمد سليم فريز نصرة: الشرط المعدل للمسئولية في القانون المدني المصري ، رسالة ماجـــستير، جامعـــة النجـــاح الوطنيـــة، نـــابلس، فلسطين،٢٠٠٦ .

٤. د/ أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ط٥، ١٩٥٠.

٥. د/ حسان عبد السميع هاشم ابو العلا : مسئولية الدوله عن اعمال السلطه القضائيه- دراسه مقارنه، رساله، حقوق القاهره، ٢٠٠١.

٦. د/ خالفي عبد اللطيف: الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الجماعية، رسالة، عين شمس، القاهره، ١٩٨٧.

٧. د/ إسماعيل احمد الاسطل: التحكيم في الشريعه الاسلاميه، رسالة ، جامعة القاهره، دار النهضه العربية، القاهره، ١٩٨٥.

٨. د/ شمس ميرغني: التحكيم في منازعات المشروع العام، رساله، عين شمس، القاهره، ١٩٧٣.

٩. د/ طلعت الغنيمي: التسوية القضائية للخلافات الدولية، رسالة، القاهرة ، ١٩٥٤.

١٠. د/علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رساله، جامعه القاهرة، دار النهضه العربيه، القاهره، ١٩٩٦.

١١. د/ علي سالم ابراهيم: ولاية القضاء على التحكيم ، رساله، عين شمس، دار النهضه العربيه، القاهره ، ١٩٩٧.

١٢. د/ محمد عادل عبد الرحمن: المسئولية المدنية للأطباء وتطبيقاتها، رسالة، حقوق عين شمس، القاهره، ١٩٨٥.

١٣. د/ محمود السيد التحيوتي: إنفاق التحكيم وقواعد في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، رسالة، حقوق المنوفية، ١٩٩٤.

١٤. د/ هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رساله، حقوق القاهره، دار النهضه العربية، القاهره، ١٩٩٧.

١٥. د/ وجدي راغب : النظرية العامة للعمـــل القـــضائي فـــي قـــانون المرافعات، رساله، عين شمس، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.

١٦. د/ السيد عيد نايل:التحكيم في منازعات العمل الجماعيـــة، رســـالة، عين شمس، القاهره، ١٩٨٧.

دوريات:

*** مجلة الحقوق:**

١. د/ أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكـــيم المبـــرم بـــين المحكمـــين والخصوم، مجلة الحقوق، العدد الثاني، ١٩٩٤.

٢. د/ عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكـــامهم (دراسة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي) مجلة الحقوق، العدد الرابع، ١٩٨٤.

٣. د/ وجدي راغب: هل التحكيم نوع من القضاء؟ مجلة الحقوق، جامعه الكويت، السنه ١٧، العدد الاول والثاني، يونيو ١٩٩٣.

٤. د/ وجدي راغب: مقال بعنوان تأصيل الجانب الأجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق، السنة السابعة العـــدد الثالـــث، سبتمبر ١٩٨٣.

*** مجلة الحقوق الكويتية:**

١. د/ عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكـــامهم، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٤.

*** مجلة التحكيم العربي:**

١. د/ عبد الوهاب الباهي: تسبيب أو تعليل القرارات التحكيمية من خلال بعض الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشاريع الداخلية، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، ٢٠٠٠.

٢. د/ عبد الحميد الأحدب: التحكيم الصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ٢٠٠٠.

٣. د/ نادر محمد إبراهيم: تأثير العولمة على التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع ٢٠٠١.

٤. د/ محمد أبو العينين: المبادئ التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والأفريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ١٩٩٩.

*** مجلة العلوم القانونية والاقتصادية:**

١. د/ محمود هاشم: استنفاذ ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول والثاني، يناير ويوليو ١٩٨٤.

*** مجلة المحاماة:**

١. د/ هشام خالد: مفهوم العمل القضائي، مجلة المحاماة، ع١، ٢ يناير، فبراير ١٩٨٧.

*** المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي:**

١. د/ وائل طبارة: حياد المحكم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثالث، ١٩٩٦.

* مجلة إدارة قضايا الحكومه:

١. د/حلمي بطرس: سلطة محكمة الموضوع في وصف الخطأ المهني الجسيم في دعوى مخاصمة رجال القضاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، ١٩٥٧.

* أبحاث:

١. د/ أكثم الخولي: بحث بعنوان "أخلاقيات التحكيم" ، المقدم في مؤتمر تحكيم مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط في يناير ١٩٨٩.

٢. د/ حسني المصري: بحث بعنوان " شرط التحكيم التجاري"، مقدم ضمن أعمال مؤتمر العريش، ١٩٨٧.

٣. د/ عزمي عبدالفتاح: بحث بعنوان " المشكلات العملية في قانون المرافعات" ، من مطبوعات مركز السنهوري للدراسات القضائية ، القاهره.

٤. د/ محمود هاشم: بحث بعنوان "استنفاذ ولاية المحكم في قوانين المرافعات"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، يناير ويوليو،١٩٨٤.

* محاضرات:

١. د/ أحمد قسمت الجداوى وأبو العلا النمر: المحكم وكيفية إعداده، محاضرة ملقاة في دورة عامة لإعداد المحكم والمنعقدة في مركز حقوق عين شمس في الفترة من ٢٠٠١/١٢/٢٩ إلى ٢٠٠٢/١/٣.

٢. د/حسام الدين الأهواني: المسائل القابلة للتحكيم، محاضرة ملقاة في دورة عامة لإعداد المحكم والمنعقدة في مركز حقوق عين شمس في الفترة من ٢٠٠١/١٢/٢٩ إلى ٢٠٠٢/١/٣.

٣. د/ وجدي راغب: مفهوم التحكيم وطبيعته، محاضره مكتوبه فـــي دوره تدريبة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٢.

* تقارير مقدمه لمؤتمر التحكيم التجاري:

١. التقرير الوطني المقدم عن موقف القانون الفرنسي الى مؤتمر التحكيم التجاري السنوي:

Derain's ,national repot on France .International Handbook on commercial arbitration,1986

٢. التقرير الوطني المقدم عن موقف القانون السويسري الى مؤتمر التحكيم التجاري السنوي:

Derain's ,national repot on Switzerland, .International Handbook on commercial arbitration,1988

٣. التقرير الوطني المقدم عن موقف القانون الهولندي الى مؤتمر التحكيم التجاري السنوي:

Derain's ,national repot on Italy,25, .International Handbook on commercial arbitration,International, ICCA,ed1985

* المراجع الأجنبية القانونية:

1. Antoine Kassis, Problemes De Bas De Larbitrage, Tomei , L.G.D, 1987.
2. Antoine kassis, thequestionable validity of atbitration and awards under the rules of international chamber of commerce, international arbitration, 1989.
3. Alan Redfern And Martin Hunter: low and practice of inter national Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, London, 1991.
4. Mauro Rubino Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2 nd edition, Kluwer law International, the Haque / London / Boston, 2001.
5. Robert Merkin, Arbitration Act 1996, LLP, London Hong Kong, 2000.
6. Klaus Lionet, "The Arbitrator"s Contract", The Journal of LCIA Arbitration International, Volume 15 Number 2.
7. Anastasia Tsakatoura, "The Immunity of Arbitrators", 20 June 2002,

   http://www.Inter-lawyer.com/articles/arbitrators-immunity.htm
8. Christian Hausmainger, "Civil Liability of Arbitraotrs: Comparative Analysis and Proposals for Reform" 7 (4) Journal of Arbitration, December 1990.
9. Hong Lin YU, "Five Years on: A Review of English Arbitration Act 1996", Journal of international Arbitration 19 (3) 2002. at p. 214.

10. Pieter Sanders, The Work of Uncitral on Arbitration and Conciliation, Kluwer Law International 2001.

11. Mohmmed Bedjaoui, "The Arbitrator: One Man – three Roles Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligation of an Arbtrator", Journal of International Arbitration 1988, Vol. 5n.1.

12. Jean Robert, L'arbitrage droit interne droit international prive, Dalloz 5 e ed 1983.

13. Jean Robert, L'arbitrage civil et commercial droit internce. Droit international priveem ed , paris,1967.

14. Devivhi, L arbitrage , nature juridiq ue , droit intern prive . these lyon 1965 .

15. Falia, Snariman ," Standards of behaviour of arbitrators " journal of International Abitration , 1988.

16. Philippe Fouchard, L,arbitrage commercial international , 1965.

17. Fhilippe fouchard, le statut de l'arbiter dans la jurisprudence francaise: Rev arb. 1996 .

18. J. Normand: Remarques sur l'expertise judiciarire au lendemain du noveau code de procedure civile "mélanges dedies a jean Vincent, dalloz. 1981.

19. M.Caratine "Experts et expertise dans la legislation civile francaise" gaz pal. 22 Janv. 1985, I doctrine.

20. Thomas Clay "arbitrage et modes alternatifs de reglement des litiges" Dalloz 16 dec. 2004, jurisprudence p.3178.

21. J. Vincent et Serge , Guinchard, procedure civile 24 ed Dalloz. 1996.

22. Loic cadiet, Droit judiciare prive 3 ed Litec 2000.

23. Carbiber, L, arbitrage International entre government et particuliers, Recueil des cours, 1950.

24. Carbiber, L, evolution de I, arbitrage Commercial, Recueil des cours, 1960.

25. Klein, Autonomie et volonte de l, arbitrage, Revue Critique, 1935.

26. Klein , "Consederations sur l,arbitrage en droit inemational prive, paris, 1955.

27. Henri Motulsky, Ecrits , Etudes et Notes surl, arbitrage, orefac de. Berthold Goldman et philippe Founch ard , Dalloz , 1974.

28. Hamid Andaloussi: I'independence de I'arbitrage, I'arbitrage commercial international dans les pays Arabes, Bulletin de la cour in ternationale d'arbitrage de la ccimai, 1992, P. 43.

29. Rene David , L, arbitrage dans le commercial International, Paris, 1982.

30. N. Saad, La Sentence arbitral, these, Paris ,1969.

31. Perrot, Instituations Judiciaires, Paris, 1983.

32. Friedman, International Arbitration, 1990.

33. Boisseson et juglart, le droit francais de l,arbitrage , Paris, 1983.

34. Lalive, Problems relative a l,arbitrage International commercial, Recueil des cours, 1967.

35. Mohamed Elgohary, La arbitrage et les contracts commerciaux internationaux, 1982.

36. Alexandre Ditchev, "le contral: d'arbitrage" Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d arbiter rev . arb. 1981 .

37. aix en – province, 30 septembre 1993.

38. somes , inedit, rev. arb. 2000 p. 323 n014 note.

39. Thomas clay: C.A. reims ord 1re pres. 16 dec 1999 "L'arbitre designe d'une maniere ou d'une autre reste de la sorte le mandataire des parties charge d'executer la mission qu'elles ont convenues ".Rev. Arb. 2000 p. 316 spee.

* قوانين التحكيم العربية:

١. قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠
٢. قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١
٣. قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤
٤. نظام التحكيم السعودي ١٤٠٣هجري
٥. قانون التحكيم التونسي لسنة ١٩٩٣
٦. قانون التحكيم لسلطنة عمان ١٩٩٧

* قوانين التحكيم الأجنبية:

٧. قانون التحكيم الصيني لسنة ١٩٩٤
٨. قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦
٩. قانون التحكيم الأسترالي لسنة ١٩٩٣
١٠. وقانون التحكيم الإيرلندي لسنة ١٩٩٨
١١. قانون التحكيم الإسباني لسنة ١٩٨٩
١٢. قانون التحكيم في هونغ كونغ لسنة ١٩٩٦
١٣. قانون التحكيم في سيريلانكا لسنة ١٩٩٥
١٤. قانون التحكيم في مالطا لسنة ١٩٩٦
١٥. القانون الفدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص لسنة ١٩٨٧

* **قوانين المرافعات العربية:**

١٦. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥

١٧. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والمعدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢

١٨. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم١٣ لسنة ١٩٦٨ والمعدل بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧

١٩. قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني لسنة ١٩٧١

٢٠. قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة ١٩٩٠

٢١. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة ١٩٨٠

٢٢. قانون أصول المحاكمات السوري لسنة ١٩٥٣

٢٣. قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة ١٩٥٣

٢٤. قانون أصول المحاكمات اللبناني رقم ٣٠ لسنة ١٩٩٣

٢٥. قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

٢٦. قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٩٢

* **قوانين المرافعات الأجنبية:**

٢٧. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة ١٩٨١

٢٨. قانون المرافعات الإيطالي لسنة ١٩٩٤

٢٩. قانون المرافعات المدنية الهولندي لسنة ١٩٨٦

٣٠. القانون اليوناني للمرافعات المدنية لسنة ١٩٩٥

* القوانين المدنية :

٣١. مجلة الأحكام العدلية ١٨٦٩

٣٢. مرشد الحيران (فقه حنفي)

٣٣. القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ والمعدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠

٣٤. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

٣٥. القانون المدني السوري لسنة ١٩٤٩

٣٦. القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥

٣٧. القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣

٣٨. القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١

٣٩. القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨٠

٤٠. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢

٤١. مشروع القانون المدني العربي الموحد

٤٢. مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة٢٠٠٣-٢٠٠٤.

قانون العمل:

١. قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣

٢. قانون العمل الاردني رقم ٨ لسنة ١٩٦٨ والمعدل بالقانون رقم ٥٨ لسنة ٢٠٠٢

٣. قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنه٢٠٠٠

* **قانون البينات والمحاماه:**

١. قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨

٢. قانون البينات الاردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢

٣. قانون البينات الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠٠١

٤. قانون مهنه المحاماه النظاميه في فلسطين رقم ٣ لسنة ١٩٩٩

٥. قانون مهنة المحاماه الشرعيه في فلسطين رقم ١٢ لسنة ١٩٥٢

٦. قانون الخدمه المدنية الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥ بتعديل قـــانون الخدمه المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨

قانون السلطه القضائية:

١. قانون السلطه القضائيه المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧

٢. قانون السلطه القضائية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠١

٣. قانون السلطه القضائية الفلسطيني رقم١ لسنه ٢٠٠٢

قانون العقوبات:

١. قانون العقوبات المصري رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٧

٢. من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦لسنه ١٩٦٠

٣. مشروع قانون العقوبات الفلسطيني

قانون التأمين:

١. قانون التأمين الفلسطيني لسنة ٢٠٠

٢. مشروع الحكومة المصرية للتأمين

*** أنظمة مؤسسات تحكيم عربية:**

١. مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي

٢. مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري

٣. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي

٤. نظام التوفيق والتحكيم التجاري لدى غرفة وصناعة دبي

٥. نظام المصالحة والتحكيم لدى غرفة تجارة وصناعة قطر

٦. نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة الكويتي

*** أنظمة مؤسسات تحكيم أجنبية:**

١. نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (ICC) لسنة ١٩٩٨

٢. نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) لسنة ١٩٩٨

٣. نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم (AAA) لسنة ١٩٩٢

٤. نظام مؤسسة طوكيو للتحكيم البحري لسنة ١٩٩٦

إتفاقيات:

١. اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ١٩٨٧

٢. اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥

* مجموعة الأحكام القضائية:

١. مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية

٢. مجموعة أحكام محكمة النقض الفرنسية

٣. مجموعة أحكام محكمة التميز اللبنانية

*مواقع إنترنت:

http://www.Inter-lawyer.com/articles/arbitrators-immunity.htm

http://www.jseinc.org/en/bulletin/bull.../revision of rules.ht 26 / 06 / 2001

* إختصارات :

(L.C.I.A) London Court of International Arbitration

(AAA) American Arbitration Association

(ICCA) International Chamber of Commerce Arbitration

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الفصل الثالث

نطاق مسئولية المحكم

الموضوع	الصفحة

الفصل الرابع

الإجراءات المتبعه في مساءلة المحكم

الفصل الخامس

موقف الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة من مسئولية المحكم المدنية

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني: موقف الأنظمة القضائية المقارنه من مسئولية المحكم المدنية	١٢١
المبحث الثالث: تقديرنا لموقف القانون والقضاء من مسئولية المحكم المدنية	١٢٨
المبحث الرابع: مبررات تقرير مسئولية المحكم المدنية	١٣١

الفصل السادس

دور سلطان الإراده في تعديل أحكام المسئولية المدنية للمحكم

الفصل السابع

لحصانة القضائية للمحكم

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة






Bibliotheca Alexandrina
06558661

